

Der Grundsatz der freien Erbteilung

DISSERTATION

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

MATTHIAS BAUMGARTNER

von Engi GL

Genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. G. Weiss

Verlag P. G. Keller — Winterthur 1954

Der Grundsatz der freien Erbteilung

DISSERTATION

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

MATTHIAS BAUMGARTNER

von Engi GL

Genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. G. Weiss

Verlag P. G. Keller — Winterthur 1954

Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 11. Juli 1953

Der Dekan:
Prof. Dr. W. Bickel



MEINER LIEBEN MUTTER
UND DEM
ANDENKEN MEINES LIEBEN VATERS



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Inhaltsverzeichnis

I. Kapitel. Einleitung	1
§ 1 Allgemeines und Rechtsvergleichendes	1
A. Allgemeines	1
I. Die freie Erbteilung	1
II. Die behördliche Teilung	2
III. Die Teilung nach dem Willen des Erblassers	2
B. Rechtsvergleichendes	3
I. Das französische Recht	3
II. Das deutsche Recht	4
III. Österreichisches Recht	5
§ 2 Die Regelung der Erbteilung in den kantonalen Rechten	6
A. Allgemeines	6
B. Kantone, welche eine weitgehende amtliche Erbteilung kannten	6
I. Kanton Schaffhausen	6
II. Kanton Solothurn	6
III. Kanton Appenzell A.Rh.	7
IV. Kanton Thurgau	7
V. Die Kantone Baselland und Luzern	7
VI. Kanton St. Gallen	7
VII. Kantone mit weitgehend freier Erbteilung	8
C. Die Befugnis des Willensvollstreckers oder Testamentsvollstreckers in den kantonalen Rechten	8
D. Übergang zum geltenden Recht	9

I. TEIL

Die Einschränkung der freien Erbteilung durch Bundesprivatrecht

II. Kapitel. Die Beschränkung der freien Erbteilung durch Verfügungen des Erblassers	10
§ 3 Allgemeines	10
§ 4 Die Einschränkung der freien Erbteilung durch Einsetzung eines Willensvollstreckers	11
A. Abgrenzung des Themas	11

B. Die Teilungskompetenzen des Willensvollstreckers	11
I. Der Erblasser stellt dem Willensvollstrecker Teilungsvorschriften auf	11
II. Der Willensvollstrecker führt die Teilung nach Vorschrift des Gesetzes aus	16
III. Der Erblasser hat dem Willensvollstrecker die Teilungsbefugnis entzogen	23
§ 5 Der Erblasser stellt Teilungsvorschriften auf, ohne mit deren Vollzug einen Willensvollstrecker zu beauftragen	24
A. Vorfragen	24
I. Form	24
II. Geltungsbereich	25
III. Wesen	25
B. Die rechtliche Bedeutung der Teilungsvorschriften	27
I. Die Teilungsvorschrift besitzt keine dingliche Wirkung	27
II. Das Verhältnis der Teilungsvorschrift zum Grundsatz der freien Erteilung	28
§ 6 Kann der Erblasser die amtliche Erbschaftsteilung anordnen?	29
III. Kapitel. Die Beschränkung der freien Erteilung durch das Vormundschaftsrecht	30
§ 7 Die Stellung der vormundschaftlichen Organe im Teilungsverfahren	30
A. Die vormundschaftlichen Organe	30
I. Abgrenzung des Themas	30
II. Die Stellung der vormundschaftlichen Organe	30
B. Die Stellung d. vormundschaftlichen Organe im Teilungsverfahren	31
I. Die Vertreterkompetenz	32
II. Die Teilungskompetenzen	32
III. Das Verhältnis zu Art. 607 Abs. 2	32
§ 8 Kann bei einer Erteilung Art. 404 ZGB berücksichtigt werden?	33
A. Allgemeines	33
B. Beurteilung nach Vormundschaftsrecht	33
I. Anteil an einer Gesamthandschaft	33
II. Unterscheidung zwischen Verkauf an einen Dritten und Zuweisung an einen Erben	34
III. Art. 404 Abs. 1 ist nicht anwendbar	34
IV. Freihandverkauf	35
V. Schlussfolgerungen	35
C. Beurteilung nach Erbrecht	35
I. Ausschliessung des Art. 404	36
D. Schlussfolgerungen	38
IV. Kapitel. Die Einschränkung der freien Erteilung im Interesse Dritter	39
§ 9 Allgemeines	39

§ 10 Die behördliche Mitwirkung gemäss Art. 609 Abs. 1	39
A. Gründe, die eine Mitwirkung der Behörde erlauben	39
B. Befugnisse der Behörde	40
I. Die höchstpersönlichen Rechte	40
II. Darf die Behörde die Teilungsklage erheben?	40
III. Die Befugnisse d. Behörde im eigentlichen Teilungsverfahren	44
C. Schlussfolgerungen	46
D. Das Verhältnis des Art. 609 Abs. 2 zu Art. 609 Abs. 1	46
E. Das Verhältnis des Art. 609 Abs. 1 zum Vormundschaftsrecht	46

II. TEIL

Die Einschränkung der freien Erbteilung durch kantonales Recht

V. Kapitel. Die Gesetzesmaterialien und die kantonalrechtliche Regelung	48
---	----

§ 11 Die Gesetzesmaterialien	48
A. Die Gesetzesmaterialien zu Art. 607 Abs. 2	48
B. Die Gesetzesmaterialien zu Art. 609 Abs. 2	49
I. Im 2. Teilentwurf und in den VE	49
II. Die Auffassung des Gesetzesredaktors	50
III. Die Auffassung der grossen Expertenkommission	51
IV. Die Beratung in den eidgen. Räten	51
§ 12 Die Anwendung von Art. 609 Abs. 2 durch die kantonalen Instanzen	51
A. Allgemeines	51
B. Das Erbteilungsverfahren im Kanton Schaffhausen	52
C. Schlussfolgerungen	53

VI. Kapitel. Die Praxis	54
-----------------------------------	----

§ 13 Die Praxis des Bundesgerichtes zu Art. 609 Abs. 2	54
A. Allgemeine Erwägungen	54
B. Spezielle Erwägungen	54
C. Die Stellungnahme des BGer zur Regelung des Kantons Schaffhausen	55
D. Die bundesgerichtliche Interpretation	56
§ 14 Die Rechtsprechung kantonalen Behörden und kantonalen Gerichte	56
A. Abgrenzung des Themas	56
B. Allgemeines	56
C. Die amtliche Inventarisierung	57

D. Die Mitwirkung der Behörde bei der Erbteilung	57
I. Die Aufgabe der Behörde	57
II. Über den Besitz der Nachlassgegenstände	58
III. Unterscheidung zwischen formellen und materiellen erbrecht- lichen Ansprüchen	58
IV. Darf die Behörde zur Anfechtung eines Teilungsvertrages Fristen ansetzen?	60
V. Der Geltungsbereich der kantonalen Normen	61
VI. Anhang: Die Mitwirkung der Behörde bei Erbteilungen im Kanton Baselland	62
 VII. Kapitel. Die Lehre	63
§ 15 Die Auffassung der Lehre	63
A. Die ältere Lehre	63
B. Die neuere Lehre	64
I. Art. 609 Abs. 1 gibt für die Auslegung von Art. 609 Abs. 2 keinen Anhaltspunkt	64
II. Art. 609 Abs. 2 schliesst eine amtliche Teilung aus	64
III. Das Bundeszivilrecht beschränkt die kantonale Verordnungs- tätigkeit	65
IV. Schlussfolgerung	66
 VIII. Kapitel. Ratio Legis	66
§ 16 Das Verhältnis der amtlichen Mitwirkung zum Grundsatz der freien freien Erbteilung	66
A. Die Kompetenzen der behördlichen Mitwirkung lassen sich nicht aus Art. 609 Abs. 1 ableiten	66
B. Die Abgrenzung der kantonalen Mitwirkung durch das Bundes- recht	67
I. Darf das kantonale Recht die dispositiven Normen des ZGB ersetzen?	67
II. Das Verhältnis des Art. 607 Abs. 2 zu Art. 609 Abs. 2	68
III. Die Funktion der behördlichen Mitwirkung	70
IV. Die Funktion der Behörde bei Differenzen zwischen den Erben	71
§ 17 Kritik kantonalen Normen und kantonalen Entscheide	72
A. Präklusivfristen verstossen gegen Bundeszivilrecht	72
B. Strengere kantonale Formvorschriften sind nichtig	72
C. Regelung der Kantone St. Gallen und Thurgau	73
D. Regelung der Kantone Appenzell-Ausserrhodon, Uri und Basel- Stadt	74
E. Regelung des Kantons Basel-Land	75
F. Geltungsbereich der kantonalen Normen (Kritik des Entscheids des sol. ObGer)	75

IX. Kapitel. Das Verhältnis der behördlichen Mitwirkung zu den andern zivilrechtlichen Instituten 77

§ 18 Das Verhältnis des Art. 609 Abs. 2 zu Art. 609 Abs. 1 77

§ 19 Das Verhältnis der amtlichen Mitwirkung zum Vormundschaftsrecht 78

 A. Die beiden Funktionen müssen durch verschiedene Personen ausgeübt werden 78

 B. Die Regelung in den einzelnen Kantonen 79

§ 20 Das Verhältnis der behördlichen Mitwirkung zur Willensvollstreckung 81

 A. Bei der Inventarisat ion 81

 B Im eigentlichen Teilungsverfahren 82

 C. Schlussfolgerungen 83

Literaturverzeichnis

- Annen, Oskar: Die objektiv und subjektiv beschränkte Teilung der Erbengemeinschaft. Diss. Freiburg 1941.
- Canova, Orlando: Die amtliche Mitwirkung bei der Erbteilung gemäss Art. 609 ZGB. Diss. Zürich 1947.
- Curti, Eugen: Erläuterungen zum Zivilgesetzbuch. Zürich 1911.
- Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Rechts und Preussens. Bd. V: Das Erbrecht. 3. Auflage. Halle a. d. S. 1911.
- Egger, August: Über die Rechtsethik des schweiz. Zivilgesetzbuches. 2. Auflage. Zürich 1950. Zit. Egger, Rechtsethik.
- Kommentar zum ZGB. Das Familienrecht. 2. Abt. Die Verwandtschaft. 2. Auflage. 1943. Zürich 1948. Zit. Egger, Komm.
- Kommentar zum ZGB. Das Familienrecht. 3. Teil. Die Vormundschaft. 2. Auflage. Zürich 1948. Zit. Egger, Komm.
- Escher, Arnold: Kommentar zum Erbrecht. 2. Auflage. 1. Hlbb. Zürich 1937. 2. Hlbb. Zürich 1943. Zit. Escher.
- Kommentar zum Erbrecht. 1. Auflage. Zürich 1912. Zit. Escher, 1. Auflage.
- Fugner, Herbert: L'action en partage. Diss. Lausanne 1938.
- Felber, Rosmarie: Aufgeschobene und partielle Erbteilung nach schweiz. Recht. Diss. Bern 1939.
- Habicht, Max: Die Formen der Erbschaftsteilung im schweiz. Recht. Diss. Zürich 1925.
- Hecht, Werner: Die Funktion der Behörde bei der Erbteilung in SJZ, Bd. 49, S. 175—178.
- Huber, Eugen: System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes. 2. Bd. Basel 1888. Zit. Eugen Huber, System und Geschichte.
- Erläuterungen zum 2. Teilentwurf. Bern 1895. Zit. Eugen Huber Erl. z. 2. Teilentw.
- Erläuterungen zum 2. Teilentwurf. Bern 1895. Zit. Eugen Huber, Erl. z.
- Jaeger, C.: Das BG betr. Schuldbetreibung und Konkurs. 3. Auflage. 1911. Zit. Jaeger.
- Jaeger/Daeniker: Schuldbetreibungs- und Konkurs-Praxis. 1911—1945. Zürich 1947. Zit. Jaeger/Daeniker.
- Kaufmann: Kommentar zum Familienrecht. 3. Abt. Die Vormundschaft. 2. Auflage. Bern 1924.
- Klang, Heinrich: Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. III. 2. Auflage. Wien 1952.

- Meier, Peter: Der Erbgang nach solothurnischem Einführungsrecht. Diss. Freiburg 1950.
- Merz, Hans: Zur Auslegung einiger erbrechtlichen Teilungsregeln in der Festschrift für Prof. Tuor „Zum schweizerischen Erbrecht“. Zürich 1946.
- Plandk: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II. 2. Hälfte. 4. Auflage: Recht der Schuldverhältnisse. Berlin und Leipzig 1928.
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. V. 4. Auflage: Erbrecht. Berlin und Leipzig 1930.
- Planiol, Marcel: *Traité élémentaire de droit civil*. Tome III. Paris 1946.
- Schiesser, Heinrich: Der Schutz des Kindervermögens im schweiz. Zivilrecht. Diss. Zürich 1945.
- Schreiber, Alfred: Die Rechtsstellung des Willensvollstreckers nach schweiz. Zivilrecht. Aarau 1928.
- L'exécution testamentaire en droit suisse. Lausanne 1940. Zit. Schreiber, l'exécution test.
- Schudel, Hedwig: Das Institut der Beiratschaft nach Art. 395 ZGB. Diss. Zürich 1929.
- Seeger, Hans: Die Rechtsstellung des Willensvollstreckers nach schweiz. Zivilrecht. Bern 1927 in Abh. z. schweiz. Recht. Gmür NF 27.
- Senn, Karl: Die Beiratschaft des schweiz. Zivilgesetzbuches. Diss. Basel 1927.
- Silbernagel: Kommentar zum Familienrecht. 2. Abt. Die Verwandtschaft. 2. Auflage. Bern 1927.
- Spitzer, G.: Der Freihandverkauf von Mündelgrundstücken in Bd. 5 der Zeitschrift für Vormundschaftswesen.
- Stämpfli, Hedwig: Die Verwaltungsbeistandschaft nach Art. 393 Ziff. 2 und Art. 394 ZGB. Diss. Basel 1928.
- Stebel, August: Die rechtliche Stellung der Gläubiger des Erblassers und der Erben. Diss. Bern 1916.
- Trott, Jakob: Über die Sicherung der Erbschaftsgläubiger und der Erbengläubiger nach schweiz. ZGB in ZSR NF 32 S. 365 ff.
- Tuor, P.: Kommentar zum Erbrecht. Bern 1929. Zit. Tuor, Komm.
- Kommentar zum Erbrecht. Bern 1952. Zit. Tuor, 2. Aufl., Komm.
- Gutachten an das Justizdepartement des Kantons St. Gallen in Sachen Dillier-Widmer gegen Bezirksamt Rorschach. Bern, 8. Febr. 1943.
- Weiss, G.: Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum ZGB und OR umfassend den Zeitraum 1922—1937. Bd. 2. Zürich 1945. Zit. Weiss, Nr.

Zeitschriften und Gesetzesmaterialien

- Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung. (National- und Ständerat.) Zit. Sten.Bull.
- Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs. Zit. Bl.f.SchKG.
- Kantonale Einführungsgesetze zum ZGB. Zit. EG z. ZGB.

Protokoll der Expertenkommission. Bd. 2. Zit. Prot.
 Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht. Zit. ZBGR.
 Schweizerische Juristenzeitung. Bd. 1 ff. Zit. SJZ.
 Schweizerische juristische Kartothek. Zit. SJK.
 Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung. Zit. Zentralbl.
 Teilentwurf 2. Teil. Bern 1895.
 Vorentwurf des eidgen. Justiz- und Polizeidepartementes v. 15. Nov. 1900. Zit.
 I. VE.
 Vorentwurf des eidgen. Justiz- und Polizeidepartementes v. Dezember 1903. Zit.
 II. VE.
 Zeitschrift des bernischen Juristenvereins. Zit. ZbJV.
 Zeitschrift für Vormundchaftswesen. Zit. ZVW.
 Zeitschrift für Schweizerisches Recht. Neue Folge. Zit. ZSR.

Entscheidungen

Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes. Bd. 39 ff. Zit. BGE.
 Blätter für zürcherische Rechtsprechung. Bd. I ff. Zit. BlZR.
 Entscheidungen des Obergerichtes von Luzern.
 Bericht des Obergerichtes des Kantons Solothurn über die Rechtspflege, sowie die
 Geschäftsführung der Amtsschreibereien, der Handelsregisterämter und der
 Betreibungs- und Konkursämter. Zit. RBObGer.
 Entscheidungen des Appellationsgerichtes von Basel-Stadt. Zit. App. Ger.
 St. Gallische Verwaltungspraxis. Bd. I ff. Zit. Verw.Pr.

Abkürzungen

- ABGB (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch)
AussStrG (Gesetz über das Verfahren in Rechtsangelegenheiten ausser Streitsachen
[erlassen mit Kaiserlichem Patent v. 9. August 1854])
BGB (Bürgerliches Gesetzbuch)
BGE (Bundesgerichtsentscheid)
BGer (Bundesgericht)
BR (Bundesrat)
Bl (Beschluss)
Bl.f.SchKG (Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs)
BlZR (Blätter für zürcherische Rechtsprechung)
c.c.fr. (code civil français)
c.c.ital. (codice civile italiano)
EG z. ZGB (Einführungsgesetz zum schweiz. Zivilgesetzbuch)
FGG (Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17. Mai
1898)
ObGer (Obergericht)
Prot (Protokoll der Expertenkommission)
RR (Regierungsrat)
RBObGer (Bericht des Obergerichtes des Kantons Solothurn über die Rechtspflege)
SchKG (Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz)
Sten.Bull. (Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung)
SJK (Schweizerische juristische Kartothek)
SJZ (Schweizerische Juristenzeitung)
VE (Vorentwurf zum ZGB)
VO (Verordnung)
VVO (Vollziehungsverordnung)
Verw.Pr. (St. Gallische Verwaltungspraxis)
ZBGR (Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht)
Zentralbl. (Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung)
ZbJV (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins)
ZVW (Zeitschrift für Vormundschaftswesen)
ZSR (Zeitschrift für Schweizerisches Recht).

I. Kapitel

EINLEITUNG

§ 1 ALLGEMEINES UND RECHTSVERGLEICHENDES

A. Allgemeines

In dieser Arbeit untersuchen wir, nach welchem Grundsatz ein Nachlass unter den Erben geteilt wird. Die Probleme der Erbengemeinschaft berühren wir nicht; ebenso lassen wir alle Fragen, welche eine partielle Teilung mit sich bringen, unbeantwortet. Uns interessiert nur die Frage, nach welchem Grundsatz die Erben Erbschaftssachen untereinander teilen.

Theoretisch sind drei Teilungssysteme denkbar, nämlich: Die freie Erbteilung, d. h. die Erben bestimmen nach freier Vereinbarung, wie geteilt wird, welche Erbschaftswerte einem bestimmten Erben zufallen.

Die behördliche oder staatliche Erbteilung, d. h. die Behörde bestimmt wie geteilt wird, welche Erbschaftswerte einem bestimmten Erben zufallen.

Die Erbteilung nach dem Willen des Erblassers, d. h. der Erblasser beauftragt eine Drittperson, sei es eine Amts- oder eine Privatperson, nach seinen konkreten Anordnungen oder nach ihrem billigen Ermessen die Erbschaftswerte unter die Erben zu verteilen.

I. Die freie Erbteilung

Eine freie Erbteilung wäre theoretisch wie praktisch gut durchführbar. Die Erben würden nach freier Übereinkunft die Gegenstände des Nachlasses nach Massgabe ihrer Erbquote untereinander verteilen. Jede Mitwirkung des Staates oder sonst eines Dritten wäre ausgeschlossen.

Ob ein solches System gerecht und wünschenswert sei, ist jedoch fraglich. Denn es ist zu beachten, dass nicht jede freie Vereinbarung gerecht ist und dem echten Willen aller Beteiligten entspricht. Der Schwache, der Unerfahrene, der Entmündigte und der Unmündige, aber auch die Gläubiger der Erben und das Gemeinwesen können durch ein solches System leicht ihrer Rechte beraubt werden. Zwar würde sich durch die Berufung auf echte Willensmängel, wie Irrtum, Betrug, Täuschung und Drohung, oder die Geltendmachung von Unsittlichkeit oder Rechtswidrigkeit manche Ungerechtigkeit beseitigen lassen. Dies sieht z. B. das schweizerische Erbrecht in Art. 638 ZGB auch vor, indem es vorschreibt, dass zur Anfechtung des Teilungsvertrages die Vorschriften über die Anfechtung der Verträge im allgemeinen anzuwenden sind.

Ein Erbteilungsvertrag darf nun aber nicht mit einem gewöhnlichen synallagmatischen Vertrag verglichen werden. Hier stehen zwei oder mehrere handlungsfähige Personen in einem gegenseitigen Rechtsverhältnis, bei jenem sind es die gesetzlichen oder eingesetzten Erben, welche ohne Rücksicht auf Alter und Urteilstkraft Erbschaftssachen vom Gesamteigentum ins Individualeigentum überführen. Obligationenrechtliche Verträge müssen nicht unbedingt jedermann offenstehen, erbeilungsrechtliche hingegen aber muss jeder Erbe abschliessen können. Denn der Erbe wird durch Gesetz dazu gezwungen, mit andern Erben eine Gesamthandschaft zu bilden, welcher er sich, wenn man den Teilungsanspruch jedes Erben anerkennt, ohne Rücksicht auf seine Miterben wieder entledigen darf.

Weil nun in vielen Fällen Minderjährige oder Entmündigte Vertragspartner sind, kann das Prinzip der freien Erbteilung unmöglich zu seiner vollen Entfaltung kommen. Denn was nützen dem Unerfahrenen alle Schutznormen, die ihn vor Übervorteilung schützen, wenn er sich seiner Unerfahrenheit, seines Schadens nicht bewusst wird. Auch die Behörde kann nicht eingreifen; denn ihr fehlt der Einblick in das Vertragsverhältnis, und wenn sie auf Umwegen Kenntnis von Anfechtungsgründen erhalten würde, so müsste man ihr als Aussenstehende die Aktivlegitimation absprechen. Aus diesen Gründen muss jede gerechte Gesetzgebung solchen Erben, sei es durch Vertretung von Drittpersonen, durch Mitwirkung einer staatlichen Behörde oder durch Kombination beider Arten einen rechtlich durchsetzbaren und wirkungsvollen Schutz bieten. Die Erben sind daher gezwungen, eine solche Mitwirkung zu gestatten. Sie müssen diese Personen, seien es nun Amts- oder Privatpersonen, als Vertragspartner anerkennen. Eine gütliche Einigung ist aber auch mit diesen Personen möglich.

II. Die behördliche Teilung

Eine behördliche Teilung ist begrifflich möglich, aber praktisch undurchführbar. Wohl kann der Staat bestimmen, wem die Immobilien und wem die Wertpapiere, ja sogar wem die Familienschriften zufallen müssen. Sobald sich aber die Teilung auf kleine, alltägliche Sachen, z. B. auf Kochgeschirr, erstreckt, so wird sich auch der totalitärste Staat von solch wichtigen Dingen distanzieren, und die freie Erbteilung auf diesem fast wertlosen Teil der Erbschaft gestatten.

III. Die Teilung nach dem Willen des Erblassers (Willensvollstrecker)

Dieses System ist sowohl theoretisch denkbar, als auch praktisch durchführbar. Ethische Gründe sprechen für diesen Modus. Der Erblasser hat ja selbst die Vermögenswerte geschaffen oder zum mindesten erhalten, deshalb sollte er auch kompetent sein, eine Drittperson zu beauftragen, die Teilung nach seinem Willen durchzuführen. Es ist auch eine Rechts-

ordnung möglich, welche dem Erblasser die Befugnis gibt, irgendeine Vertrauensperson oder eine Behörde mit der Befugnis einzusetzen, die Erbschaftsgegenstände nach ihrem Gutdünken, aber gemäss der Erbquote der einzelnen Erben, zu verteilen.

Solche oder ähnliche Überlegungen werden sich alle Gesetzgeber machen, wenn sie zur Regelung des Erbteilungsrechtes schreiten. Bevor wir untersuchen, welche Lösung der schweizerische Gesetzgeber getroffen hat, betrachten wir kurz noch jene Gesetzgebungen, die schon vor Erlass des ZGB in Kraft standen. Vielleicht liess sich unser Gesetzgeber von jenen beeinflussen.

B. Rechtsvergleichendes

I. Das französische Recht

Prinzipiell können die Erben die Teilung frei vereinbaren¹, und das Gesetz schreibt für eine solche Vereinbarung auch keine Form vor. Die gerichtliche Teilung² sieht das Gesetz in Art. 838 nur dann vor, wenn nicht alle Erben anwesend oder wenn sie handlungsunfähig sind. Bestellt aber der abwesende Erbe einen Vertreter, so ist eine gerichtliche Teilung nicht notwendig³. Eine gerichtliche Teilung findet demnach statt, wenn die Erben uneinig sind, wenn handlungsunfähige Erben vorhanden oder Erben ohne Vertretung abwesend sind. Muss aus einem dieser Gründe die Erbschaft gerichtlich geteilt werden, und sind sich die Erben über den Teilungsmodus einig, so findet seit dem Gesetz v. 15. Dez. 1921 ein vereinfachtes gerichtliches Verfahren statt. Gemäss diesem Gesetz kann das Gericht auf Begehren der Erben die provisorisch gütliche Einigung gerichtlich bestätigen und somit als rechtskräftig erklären⁴.

Der Erblasser kann aber gestützt auf Art. 1025 c. c. ein oder mehrere Testamentsvollstrecker bestimmen. Doch sind bezüglich der Teilung die Befugnisse des Vollstreckers gesetzlich beschränkt. Seine Tätigkeit ist mehr kontrollierender Art, d. h. es ist seine Aufgabe, darüber zu wachen, dass der testamentarische Wille ausgeführt wird⁵. Eine gütliche Einigung ist somit trotz der Einsetzung eines Testamentsvollstreckers möglich. Zwar gibt auch der c. c. dem Erblasser das Recht, den Vollstrecker auch mit andern Aufgaben, wie z. B. mit der Erbteilung, zu betrauen⁶ und somit die freie Erbteilung der Erben zu beschränken.

1) Das französische Recht nennt eine solche Teilung *partage amiable*. Vgl. auch c.c.fr. Art. 819.

2) *Partage judiciaire*.

3) *Planiol*, S. 955 Nr. 3026.

4) Vgl. c.c. Art. 822 al. 2 in Verbindung mit Art. 981 *nouv. C. proc. civ. Planiol*, S. 959 Nr. 3034.

5) Vgl. Art. 1031 c.c. Ils (d. h. die Testamentsvollstrecker) *veilleront à ce que le testament soit exécuté...*

6) *Planiol*, S. 693 Nr. 2190.

II. Das deutsche Recht

Auch nach dem BGB kann eine gütliche Erbteilung ohne amtliche Mitwirkung erfolgen. Zwingend vorgeschrieben ist einzig, dass vor der Teilung zuerst die Nachlassverbindlichkeiten zu berichtigen sind⁷ und dass nur der Überschuss unter den Erben verteilt werden darf⁸. Ist die Forderung noch nicht fällig, so ist „der zu ihrer Deckung erforderliche Betrag bei der Verteilung zurückzubehalten“⁹.

Im übrigen verweist das BGB auf die Aufhebung der Gemeinschaft, d. h. auf die §§ 749—758 des BGB. Eine andere Teilungsart ist im Einverständnis aller Gemeinschaftler möglich, weil nach anerkannter Lehre diese Bestimmungen nur subsidiärer Natur sind¹⁰.

Gemäss BGB § 2197 ist der Erblasser befugt, durch Testament einen oder mehrere Testamentsvollstrecker zu ernennen oder auch die Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers einem Dritten zu überlassen¹¹. Unter dem Wort Dritter versteht das BGB auch das Nachlassgericht, indem diese Behörde auf Anordnung des Erblassers den Testamentsvollstrecker ernennt¹². Die Aufgabe dieses Vollstreckers ist es, den Willen des Erblassers auszuführen und die Auseinandersetzung unter den Erben nach Massgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu bewirken. Er hat aber nach ausdrücklicher Bestimmung „die Erben über den Auseinandersetzungsplan bevor der Ausführung zu hören“¹³.

Eine sehr wichtige Ergänzung zum BGB bildet das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17. Mai 1898¹⁴. Die Nachlasspflegschaft, eine Institution des römischen und gemeinen Rechtes, die durch das BGB weiter ausgebaut wurde, dient in erster Linie zur Sicherung des Nachlasses, sei es um die Interessen unbekannter Erben oder diejenigen der Nachlassgläubiger zu wahren¹⁵.

Gemäss FGG § 86 „hat das Nachlassgericht auf Antrag eines Erben die Auseinandersetzung des Nachlasses zwischen den Beteiligten zu vermitteln, sofern nicht ein zur Bewirkung der Auseinandersetzung berechtigter Testamentsvollstrecker vorhanden ist“. Einigen sich die Erben, so hat das Gericht die Vereinbarung nur noch zu beurkunden¹⁶, sonst hat es einen Auseinandersetzungsplan auszufertigen¹⁷. Kommt keine Einigung zu stande, so ist es Sache des ordentlichen Gerichtes die Streitpunkte zu erledigen¹⁸.

7) BGB § 2046.

8) BGB § 2047. Planck, Bd. V, Komm. zu § 2045 Ziff. 1 S. 325.

9) Planck, Bd. V, Komm. zu § 2046 Ziff. 1 S. 325.

10) Planck, Bd. II, 2. Hälfte, Komm. zu § 752 Ziff. 1 S. 1340.

11) BGB § 2198.

12) BGB § 2200.

13) BGB 2204 Abs. 2.

14) In der Folge FGG genannt.

15) Dernburg, Bd. V S. 364 I; vgl. auch BGB § 1960 und § 1962.

16) FGG § 91.

17) FGG § 93 Abs. 1: „Sind die Beteiligten mit dem Inhalte des Planes einverstanden, so hat das Gericht die Auseinandersetzung zu beurkunden“.

18) FGG § 95.

Wie in andern Rechten bedarf auch der Abschluss eines Erbvertrages durch den Vormund der Genehmigung der Vormundschaftsbehörde¹⁹. Wird aber die Teilung durch das Nachlassgericht ausgeführt, so obliegt es diesem Gericht, den Erbteilungsvertrag zu genehmigen²⁰.

III. Österreichisches Recht

Am weitesten ging man hinsichtlich der amtlichen Intervention in Österreich. Die Erben waren nicht befugt, sich selbständig in den Besitz des Nachlasses zu setzen; „vielmehr nahm das Nachlassgericht denselben an sich und besorgte die Regelung der Erbschaftsverhältnisse von Amtes wegen“²¹. Erst nach der Bezahlung der Verlassenschaftsgebühren, der Ausrichtung des Pflichtteils, sowie der Befriedigung der Legatäre und der Nachlassgläubiger wurde der Rest dem Erben eingantwortet. Das ABGB milderte dieses System in § 811, indem es normiert, dass die Sicherstellung oder Befriedigung der Gläubiger des Erblasses nicht mehr automatisch von Amtes wegen erfolge. Eine weitere Milderung brachte das Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten ausser Streitsachen, erlassen mit Kaiserlichem Patent v. 9. Aug. 1854²².

In diesem Gesetz unterscheidet man scharf zwischen Erbteilungen, an der nur Grossjährige beteiligt sind, und solchen, an denen auch Minderjährige teilnehmen. Bei Erbteilungen unter Grossjährigen überlässt das AussStrG den Erben die Entscheidung, ob sie die Erbteilung gerichtlich oder aussergerichtlich, vor oder nach der Einantwortung vornehmen wollen²³. Sind hingegen Minderjährige oder Pflegebefohlene an der Verlassenschaft beteiligt, so „ist die Erbteilung, je nachdem es die Umstände zulassen, vor oder nach der Einantwortung vorzunehmen und von der Abhandlungsbehörde zu genehmigen, oder nach Umständen der Pupillarbehörde zur Genehmigung zu unterbreiten“²⁴. Diese Vorschriften gelten auch dann, wenn bei einer „Verlassenschaft die Armen, die Stiftung, Gemeinden, Kirchen, öffentliche Anstalten oder der Bundesschatz als Erben beteiligt sind“²⁵.

Auch das ABGB kennt das Institut der Willensvollstreckung. Gemäss ABGB § 816 ist der Vollzieher verpflichtet, „die Anordnungen des Erblasser zu vollziehen, oder den saumseligen Erben zur Vollziehung derselben zu betreiben“. Eine gütliche Teilung ist aber den Erben trotzdem gestattet, sofern sie dem erblasserischen Willen nicht direkt entgegen steht. Denn weder das AussStrG noch das ABGB geben dem Vollstrecker das Recht, den Erben irgend eine ihnen nicht genehme Teilung aufzuzwingen.

19) BGB § 1822 Ziff. 2.

20) FGG § 97 Abs. 2.

21) Dernburg, Bd. V S. 356.

22) In der Folge AussStrG genannt.

23) Vgl. AussStrG § 170.

24) Siehe AussStrG § 166.

25) Klang, Bd. III S. 167.

§ 2 DIE REGELUNG DER ERBTEILUNG IN DEN KANTONALEN RECHTEN

A. Allgemeines

Aus der Darstellung der Rechte der uns umliegenden Staaten ist ersichtlich, dass sie in der Mehrzahl eine freie Erbteilung kennen und sie nur insofern beschränken, als Minderjährige, Entmündigte oder abwesende Erben vorhanden sind. Auch das österreichische Recht, welches anfänglich eine sehr intensive behördliche Mitwirkung kannte, schritt mehr und mehr zu einer freieren Gestaltung¹.

Trotz dieser Entwicklung in unsern Nachbarstaaten konnte sich in der Schweiz in einigen Kantonen noch eine sehr starke behördliche Intervention bei der Erbteilung erhalten. Gerade im Erbrecht hielten sich alte Überlieferungen, Tradition und Konservatismus am längsten. In keinem andern Teil des Zivilrechts setzte sich deshalb der Vereinheitlichung ein so starker Widerstand entgegen, wie im Erbrecht. Aus diesem Grunde ist es auch nicht verwunderlich, dass gerade im Erbrecht die Regelung mancher wichtigen Fragen dem kantonalen Recht vorbehalten bleibt. Es musste das Prinzip der vollkommenen Vereinheitlichung des Erbrechtes dem höhern Prinzip der Vereinheitlichung des gesamten Zivilrechtes geopfert werden.

B. Kantone, welche eine weitgehende amtliche Erbteilung kannten

I. Kanton Schaffhausen

Der Kanton Schaffhausen verlangt im Teilungsgesetz vom 25. Jan. 1884², dass alle Teilungen der Genehmigung der Waisenbehörde unterstellt und hierauf von dem Waisen- und Teilungsinspektorat ratifiziert werden sollen³. Keine Teilung erhält Rechtskraft, bevor sie nicht von dieser Behörde genehmigt wird⁴.

II. Kanton Solothurn

Auch im Kanton Solothurn wird eine Teilung nur dann rechtskräftig, wenn sie unterschrieben und in der Amtsschreiberei darüber angelobt worden ist⁵. Die Teilung selbst erfolgt unter Aufsicht des Amtsschreibers.

1) Vgl. § 1 III S. 5.

2) Gesetz über das Verfahren bei Beschreibungen und Teilungen über Vermögensherausgaben, über die Anhebung von Erbschaftssachen und über die Organisation der Waisen- und Teilungsinspektorate vom 25. Januar 1884; genannt Teilungsgesetz.

3) Vgl. Eugen Huber, System und Geschichte, S. 446.

4) Art. 12 Abs. 2 des Teilungsgesetzes.

5) Eugen Huber, System und Geschichte, S. 473; vgl. auch CG § 627 (Zivilgesetzbuch des Kantons Solothurn).

Das Erbeilungsverfahren gliedert sich in drei Phasen. Die erste besteht in der amtlichen Inventarisierung und Schätzung des Nachlasses, die zweite in der „Berechnung der Erbteile“ und die dritte „in der Bildung der Lose oder der Zuweisung der Aktiven und Passiven auf Rechnung der Erbteile“⁶. Der Amtsschreiber teilt nicht selbst den Nachlass, sondern er ist mehr beratende Instanz. Er soll eine gütliche Einigung nicht verhindern, sondern vielmehr versuchen Streitigkeiten zu schlichten, und die Erben zu einer aussergerichtlichen Erbeilung anzuhalten⁷.

III. Kanton Appenzell A.Rh.

Appenzell A.Rh. schreibt in Art. 4 des Erbgesetzes vor, dass die Schulden eines Erblassers vor der Teilung zu bezahlen seien⁸. In Art. 1 wird bestimmt, dass die Verlassenschaft eines Verstorbenen, wenn auch nur ein einziger Erbe vorhanden sei, durch die Vorgesetzten derjenigen Gemeinde, in welcher der Erblasser gewohnt hat, amtlich verzeichnet, wo mehrere Erben sind, zugleich geteilt, und in allen Fällen vollständig protokolliert werden sollen. Das Vermögen bevogteter Personen soll da geteilt werden, wo es verwaltet wurde⁹.

IV. Kanton Thurgau

Thurgau nennt in § 124 des Erbgesetzes alle Fälle, wo amtlich geteilt werden muss, wenn ein Miterbe es verlangt und wenn Bevormundete oder Landesabwesende, deren Aufenthalt unbekannt ist, bei einer Erbschaft beteiligt sind, wozu noch das Erfordernis der amtlichen Teilung in Fällen, in welchen unter den Erben sich Minderjährige befinden, nach den Vorschriften des Vormundschaftsrechtes zu rechnen ist¹⁰.

V. Die Kantone Baselland und Luzern

Dieselben Fälle, wo amtlich geteilt werden soll, finden wir auch in den Rechten der Kantone Baselland und Luzern. Im Kanton Luzern findet das amtliche Verfahren auch dann statt, wenn unter den Erben sich Weiber befinden¹¹.

VI. Kanton St. Gallen

Weiter geht der Kanton St. Gallen, indem er in Art. 199 des Erbgesetzes ausführt, dass die Teilung privat geschehen könne, wenn kein Widerspruch von denen erhoben werde, welche an die Verlassenschaft Ansprüche zu

6) Meier, Peter, S. 37.

7) Vgl. zum Ganzen Meier, Peter, S. 3—12.

8) Eugen Huber, System und Geschichte, S. 444/45.

9) Eugen Huber, System und Geschichte, S. 393.

10) Eugen Huber, System und Geschichte, S. 443.

11) Eugen Huber, System und Geschichte, S. 443/44.

machen haben, dass aber im Falle eines Widerspruches der Ammann des Bezirkes, in welchem die Erbschaft gelegen ist, von Amtes wegen die Teilung anordne¹².

VII. Kantone mit weitgehend freier Erbteilung

Die übrigen Kantone ordnen die Erbteilung wie unsere umliegenden Staaten. Sie gestatten prinzipiell die freie Erbteilung, lassen Minderjährige oder Entmündigte durch einen Vormund oder Vogt vertreten mit der Bestimmung, dass der Erbvertrag erst dann rechtskräftig werde, wenn er durch eine Behörde, welche von Kanton zu Kanton verschieden ist, genehmigt sei.

C. Die Befugnis des Willensvollstreckers oder Testamentvollstreckers in den kantonalen Rechten

Manche schweizerische Kantone regelten die Befugnisse des Testamentvollstreckers wie der c. c. fr.¹³. So sind z. B. die Bestimmungen der Kantone Neuenburg, Wallis und Tessin mit jenen fast identisch¹⁴.

St. Gallen gibt in den Art. 109/110 dem Erblasser das Recht, die Teilung dem Vollzieher zu übertragen¹⁵.

Auch Zürich, Schaffhausen, Zug und Graubünden umschreiben in ihren Gesetzen die Befugnisse des Testamentsvollstreckers, doch ist aus jenen Normen nicht ersichtlich, ob diese Vollzieher auch Teilungsbefugnisse besitzen. Einzig Baselstadt gibt in § 73 des Erbgesetzes dem Testamentsvollstrecker das Recht, die Liquidation der Erbschaft auszuführen, sofern keine Noterben vorhanden sind¹⁶.

12) Eugen Huber, System und Geschichte, S. 443.

13) Eugen Huber, System und Geschichte, S. 417/18.

14) Art. 747: Le testateur pourra charger l'exécuteur testamentaire du paiement des legs. Il pourra, à cet effet, lui donner la saisine de tout ou partie des ses meubles; mais l'exécuteur testamentaires ne pourra en prendre possession qu'après avoir fait procéder à leur inventaire. Si le testateur ne lui a pas donné la saisine, il ne pourra l'exiger.

Art. 748: Dans le cas de l'article précédent, l'exécuteur testamentaire devra, après avoir interpellé l'héritier et si celui-ci ne s'y oppose pas, acquitter le legs.

En cas d'opposition de la part de l'héritier, il doit suspendre tout paiement, jusqu'à ce que la contestation soit jugée définitivement.

Art. 749: A défaut de deniers suffisants pour acquitter les legs, l'exécuteur testamentaire provoquera la vente des meubles, et si ceux-ci ne suffisent pas, il ne pourra pour faire vendre les immeubles.

15) Eugen Huber, System und Geschichte, S. 419.

16) Eugen Huber, System und Geschichte, S. 419/20.

D. Übergang zum geltenden Recht

Vor einer solchen Situation stand der schweizerische Gesetzgeber, als er sich anschickte, das Erbteilungsrecht zu vereinheitlichen. Die freiheitliche Grundlage, auf welche das übrige Zivilrecht aufgebaut ist¹⁷, sollte auch in diesem Institut verwirklicht werden. Kantone mit über hundertjähriger amtlicher Mitwirkung kämpften aber gegen eine zu freiheitliche Lösung dieses Problems. Den Ausgang dieser Auseinandersetzung finden wir in Art. 607 Abs. 2 des ZGB, welcher normiert: „Sie (die Erben) können, wo es nicht anders angeordnet ist, die Teilung frei vereinbaren“.

Sinn und Tragweite des Art. 607 Abs. 2 werden somit erst klar, wenn wir, wie der Gesetzestext ausdrücklich festlegt, die Gesetzesstellen untersuchen, die etwas anderes anordnen und nachher die Bestimmung nach den übrigen Teilungsregeln bewerten.

17) Vgl. Egger, Rechtsethik, S.89/90. — Es sollte jedermann klar sein, dass Art. 607 Abs. 2 nichts Gemeinsames hat mit dem Pflichtteilsrecht und der Berechnung der Höhe des Erbanteiles. Es wird vorausgesetzt, dass die Erben nun willens sind, die Erbengemeinschaft gänzlich aufzulösen, d. h. nicht zu einer partiellen, sondern zu einer totalen Teilung schreiten. Betreffend die partielle Teilung vgl. Rosmarie Felber und Oskar Annen.

I. Teil

DIE EINSCHRÄNKUNG DER FREIEN ERB- TEILUNG DURCH BUNDESPRIVATRECHT

II. Kapitel

DIE BESCHRÄNKUNG DER FREIEN ERB- TEILUNG DURCH VERFÜGUNGEN DES ERBLASSERS

§ 3 ALLGEMEINES

Nachdem der Gesetzgeber die Höhe der einzelnen Erbanteile festgesetzt hatte¹, stellte sich ihm die Frage, wem die Kompetenz zur Bildung der Erbanteile zufalle. Auf Grund der freiheitlichen Gestaltung des ZGB schied in der Hauptsache der Staat aus². In Betracht kamen demnach die Erben und der Erblasser.

Der Gesetzgeber entschied eindeutig zugunsten des Erblassers. Denn schliesslich betreffen ja seine Teilungsregeln sein Eigentum. Er soll deshalb kompetent sein, bestimmte Vermögenswerte einem bestimmten Erben auf Anrechnung an seinen Erbanteil zuzuweisen, da, wie Eugen Huber sagt, „es in erster Linie ihm zugetraut werden darf, er werde die richtige Verfügung über dasjenige treffen, was er im Leben besessen und oft auch gerade geschaffen hat“³. Bei der Entscheidung dieser gesetzspolitischen Frage mag auch die Überlegung mitgespielt haben, die Erben würden aus reinen Pietätsgründen den Willen des Verstorbenen respektieren und somit die unseligen, langwierigen und zur Zwietracht säenden Erbteilungsprozesse in manchen Fällen vermeiden. Dass gerade beim Vorhandensein einer letztwilligen Verfügung die Prozesslust am grössten ist, vermag unsere Behauptung nicht zu entkräften, denn dieser Umstand ist meistens auf die mangelhafte, unklare Ausdrucksweise des Erblassers zurückzuführen⁴.

1) D. h. die Pflichtteile des einzelnen Erben und die verfügbare Quote. Art. 470 ff.

2) Vgl. Egger, Rechtsethik, S. 144.

3) Eugen Huber, Erl. z. VE, S. 322. Diese Bemerkung bezieht sich zwar auf die Problematik des Pflichtteilrechtes. Doch wenn sie schon bei der Erörterung des Pflichtteilrechtes geäussert wurde, fällt sie bei der Teilung eines Nachlasses, bei welcher ja die Höhe des Erbanteiles nicht mehr in Frage steht, umso mehr in Betracht.

4) Diese Prozesslust entspringt den eigenhändig geschriebenen Testamenten.

§ 4 DIE EINSCHRÄNKUNG DER FREIEN ERBTEILUNG DURCH EINSETZUNG EINES WILLENSVOLLSTRECKERS

A. Abgrenzung des Themas

Art. 517 Abs. 1 ZGB gibt dem Erblasser die Möglichkeit, „eine oder mehrere handlungsfähige Personen mit der Vollstreckung seines Willens zu beauftragen“. Es ist nicht unsere Aufgabe, das komplexe und sehr notdürftig geregelte Institut der Willensvollstreckung zu erläutern und zu erklären. Mit unseren nachstehenden Ausführungen möchten wir lediglich untersuchen, inwieweit der Grundsatz der freien Erbteilung durch dieses Institut eingeschränkt wird.

B. Die Teilungskompetenzen des Willensvollstreckers

Art. 518 Abs. 2 ZGB nennt einige Aufgaben des Willensvollstreckers. In bezug auf die Teilung des Nachlasses bestimmt der Gesetzgeber, dass der Willensvollstrecker „die Schulden des Erblassers zu bezahlen, die Vermächtnisse auszurichten und die Teilung nach den vom Erblasser getroffenen Anordnungen oder nach Vorschrift des Gesetzes auszuführen“ habe. Hinsichtlich der Form, sei es nun für die Einsetzung des Willensvollstreckers oder die Erteilung von Anordnungen an denselben, bestimmt Art. 517 Abs. 1 ZGB, dass der erblasserische Wille durch letztwillige Verfügung auszu-
drücken sei.

Aus Art. 518 Abs. 2 lässt sich eine Vermutung für eine allgemeine Vollstreckungsmacht des Willensvollstreckers herauslesen. Der Willensvollstrecker ist befugt, sofern ihm die Teilungskompetenz nicht ausdrücklich entzogen ist, die Teilung durchzuführen. Hat der Erblasser für die Auseinandersetzung Anordnungen erlassen, so ist der Willensvollstrecker verpflichtet, diese bei der Teilung zu befolgen. Fehlen sie, so ist er gehalten, die Teilung nach den Vorschriften des Gesetzes auszuführen.

Der Klarheit wegen untersuchen wir vorerst, welche Rechtsprobleme sich ergeben, wenn der Erblasser Anordnungen für die Erbteilung getroffen und mit deren Vollzug einen Willensvollstrecker beauftragt hat.

1. Der Erblasser stellt dem Willensvollstrecker Teilungsvorschriften auf

1. Unklare gesetzliche Regelung

Das Gesetz bestimmt nur, dass der Willensvollstrecker die Teilung nach den vom Erblasser getroffenen Anordnungen auszuführen habe. Wie das Problem zu lösen ist, wenn Anordnungen des Erblassers mit Teilungsvorschriften des ZGB in Widerspruch stehen, ist aus dem Gesetz nicht ersichtlich.

Zwar sind die meisten Teilungsnormen dispositiver Natur, so dass sich nur in seltenen Fällen die Frage nach der Anwendung des richtigen Rechtes stellen wird. Wichtiger ist die Frage, ob Art. 518 Abs. 2 zu den in Art. 607 Abs. 2¹ vorgesehenen Ausnahmen gehört. Primär erstreckt sich der Grundsatz der freien Erbteilung auf alle Erbteilungen. Eine Einschränkung erleidet dieser Grundsatz nur dort, wo das Gesetz eine andere Regelung vorsieht.

Die in einem fast imperativen Ton gehaltene Anweisung an den Willensvollstrecker, die Teilung nach den Anordnungen des Erblassers auszuführen, spricht mehr für die Ausnahme als für den Vorrang des Art. 607 Abs. 2. Doch der nachstehende Gesetzestext, „nach Vorschrift des Gesetzes“, bringt eine solche Gesetzesauslegung ins Schwanken. Denn es würde sich die paradoxe Situation ergeben, dass nur beim Vorhandensein von Anordnungen der Grundsatz der freien Erbteilung eine Einschränkung erleide; schliesst doch die Teilung nach Vorschrift des Gesetzes eo ipso diesen Grundsatz ein². Je nachdem Anordnungen vorliegen oder fehlen, würde sich die Rechtsstellung des Willensvollstreckers sehr ändern.

Ein solcher Gegensatz zwischen einer Teilung nach Anordnungen des Erblassers und einer solchen nach Vorschrift des Gesetzes ist aber aus dem Gesetzestext nicht herauszulesen. Um Art. 518 Abs. 2 richtig auszulegen, müssen wir unbedingt noch weitere Hilfsmittel herbeiziehen.

2. Die Gesetzesmaterialien

Im I. VE werden die Teilungsbefugnisse des Willensvollstreckers nur knapp umschrieben. Der Passus, die Teilung nach den vom Erblasser getroffenen Anordnungen auszuführen, fehlt³. Die rechtliche Tragweite dieser Norm erklärt uns Eugen Huber in seinen Erl. z. VE⁴. Der Inhalt und die Schranken der Befugnisse des Willensvollstreckers werde durch den erblasserischen Willen gesetzt. Die Teilung aber habe hauptsächlich nach der amtlichen Liquidation gemäss den Art. 595/96 ZGB⁵ zu erfolgen.

In der grossen Expertenkommission kam die Teilungsbefugnis des Willensvollstreckers eingehend zur Sprache⁶. Zwei Ansichten standen einander gegenüber. Einige Experten glaubten, der vorgeschlagene Text gebe dem Willensvollstrecker die Befugnis, die Teilung definitiv durchzuführen, andere hingegen wollten ihm dieses Recht nicht einräumen. Eugen Huber stellte zu diesem Meinungsstreit fest, dass der Willensvollstrecker dann die

1) Des Grundsatzes der freien Erbteilung.

2) Es sei denn, man gebe diesem Ausdruck „nach Vorschrift des Gesetzes“ eine ganz andere Interpretation. Vgl. § 3 II.

3) Art. 540 Abs. 2 des I. VE lautet: „Sie (die Willensvollstrecker) gelten insbesondere als beauftragt, die Erbschaft zu verwalten, die Schulden des Erblassers zu bezahlen, die Vermächtnisse auszurichten und die Teilung auszuführen“.

4) Eugen Huber, Erl. z. VE, Bern 1901, S. 88/89.

5) Im VE die Art. 608/09.

6) Vgl. Prot. Bd. 2 S. 165/66.

Kompetenz zur Teilung habe, wenn der Erblasser mehrere Erbeinsetzungen nach Quoten vornehme. Im übrigen verweist er wieder auf die Art. 608/09 des I. VE, fügt dann aber bei, „um den Sinn ganz klarzustellen“, solle der Passus: „und die Teilung nach Massgabe der Verfügung auszuführen“, aufgenommen werden⁷.

Lässt sich aus diesen Gesetzesmaterialien unsere Frage beantworten?

Der Hinweis auf die amtliche Erbschaftsliquidation ist u. E. verfehlt. Jenes Verfahren ist ein Notbehelf, greift es doch erst dann Platz, wenn kein einziger Erbe die Annahme der Erbschaft erklärt⁸. Der öffentliche Rechnungsruf und die Versilberung des Vermögens, welche eine amtliche Liquidation immer mit sich bringt, sind solch entehrende Massnahmen, dass sie unmöglich mit der Willensvollstreckung in Einklang gebracht werden können. Auch das Votum des Referenten auf die Bemerkung von Plantas spricht gegen eine solche Interpretation⁹. Die Willensvollstreckung hat mit der amtlichen Liquidation nur das Beschwerderecht gemeinsam. Mit dem Hinweis auf die amtliche Liquidation wollte Eugen Huber wahrscheinlich einzig diese Besonderheit hervorheben. Denn dieses Aufsichtsrecht¹⁰ ist zwingendes Recht und kann auch vom Erblasser nicht beseitigt werden^{11 12}.

Da eine Herbeiziehung der Normen der amtlichen Liquidation nicht erfolgen kann, bleibt die Beantwortung unserer Frage dahingestellt. Denn nur Art. 595 Abs. 3 ZGB hätte uns eine Lösung des Problems erlaubt, bestimmt doch jener Absatz, dass den Erben nur ein Beschwerderecht gegen beabsichtigte oder getroffene Massnahmen eingeräumt ist; diese Bestimmung schliesst darum die Anwendung von Art. 607 Abs. 2 aus. Wahrscheinlich hat der Gesetzgeber das Verhältnis des Art. 518 Abs. 2 ZGB zu Art. 607 Abs. 2 gar nicht richtig erfasst. Deshalb wenden wir uns jetzt der Lehre zu. Vielleicht hat jene eine allgemeine, unbestrittene Lösung dieses Problems gefunden.

3. Die Auffassung der Lehre

In der Lehre ging man an diesem Problem nicht achtlos vorüber. Seeger und Schreiber¹³ lassen Art. 607 Abs. 2 dem Art. 518 Abs. 2 vorgehen. Die Teilungskompetenz findet nach ihrer Meinung ihre Grenzen im Grundsatz der freien Erbteilung. Die freie Vereinbarung der Erben ist demnach auch für den Willensvollstrecker verbindlich; immerhin darf nach der Auffassung jener Verfasser der übereinstimmende Beschluss der Erben den Anordnungen des Erblassers nicht zuwiderlaufen. In einer neueren Arbeit

7) Prot. Bd. 2 S. 166.

8) Vgl. Art. 593 Abs. 2 ZGB.

9) Prot. Bd. 2 S. 166.

10) Vgl. Art. 595 ZGB.

11) Escher, N. 4 zu Art. 518.

12) Bei der Willensvollstreckung tritt die Behörde im Gegensatz zur amtlichen Liquidation nur auf privates Ersuchen in Funktion.

13) Seeger, S. 66; Schreiber, S. 50.

umschreibt Schreiber das Verhältnis dieser beiden Artikel zueinander folgendermassen: „Au moment du partage déjà intervenu entre les intéressés, les héritiers ont d'un commun accord formé les lots. Dans ce cas, il ne lui (d. h. dem Willensvollstrecker) restera qu'à délivrer les objets à leurs attributaires respectifs, même si les attributions ne correspondent pas aux dispositions du testateur, car les héritiers sont libres de procéder à des échanges, selon leurs convenances, sauf prescriptions impératives du testateur que l'exécuteur fera rigoureusement respecter“¹⁴.

Escher hingegen zählt Art. 518 Abs. 2 zu den in Art. 607 Abs. 2 vorgesehenen Ausnahmen. „Andernfalls können die Erben dem Vollstrecker durch übereinstimmenden Beschluss die Teilungsbefugnis entziehen, obwohl gerade letztere zu seinen wichtigsten Obliegenheiten gehört, ohne welche die Anordnung der Vollstreckung für den Erblasser in manchen Fällen wertlos würde ... Ich würde also annehmen, dass der Vollstrecker die Teilung nötigenfalls sogar gegen den Willen sämtlicher Erben durchzuführen habe, sei es nach den Teilungsvorschriften des Erblassers, sei es nach den gesetzlichen Vorschriften“¹⁵.

So bietet uns auch die Lehre ein Bild widersprechender Ansichten. Wir versuchen nun, Art. 518 Abs. 2 in seiner Beziehung zu Art. 607 Abs. 2 so auszulegen, wie es der ratio legis entspricht.

4. Ratio Legis

Um die Teilungsbefugnis des Willensvollstreckers zu erklären, ist es unerlässlich, sich vorerst über seine Rechtsstellung Klarheit zu schaffen.

a) Die Rechtsstellung des Willensvollstreckers

Vor allem ist der Willensvollstrecker Testamentsvollstrecker. Seine Aufgabe ist es, den Willen des Erblassers, welcher in der letztwilligen Verfügung seinen Ausdruck gefunden hat, zu vollstrecken. Um diese Pflicht richtig zu erfüllen, muss ihm der Besitz des Nachlasses eingeräumt werden. Da auf Grund der Universalnachfolge mit dem Tode des Erblassers die Erben ipso iure in den Besitz der Erbschaftssachen gelangen, so besitzt der Willensvollstrecker ein Recht auf Aushändigung der Erbschaftssachen. Weigern sich die Erben, die Erbschaftssachen herauszugeben, so kann er die Erben auf Herausgabe der Sachen verklagen¹⁶. Dem Willensvollstrecker steht auch ein Recht auf Verwaltung und Verfügung über die Erbschaftssachen zu. Die Verfügungsmacht des Willensvollstreckers ist begrifflich aus Art. 518 Abs. 2 ableitbar. Wie sollte er denn die Schulden des Erblassers begleichen können, wenn ihm ein Verfügungsrecht über die Aktiven nicht eingeräumt würde¹⁷?

14) Schreiber, l'exécution test., S. 65/66.

15) Escher, N. 17 zu Art. 518.

16) Escher, N. 9 zu Art. 518.

17) Vgl. BGE 74 I 424.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Einsetzung eines Willensvollstreckers die Verwaltungs- und Verfügungsmacht der Erben beschränkt. Den Nachlass stempelt zu einer Art von Sondervermögen die Tatsache, dass die Verwaltung durch den Willensvollstrecker geschieht, welcher eigenes, selbständiges Klagerecht zur Erfüllung seiner Aufgabe besitzt. Die Verfügungsmacht über Nachlassachen steht ihm ebenfalls in dem Masse zu, in dem sie zur Durchführung seiner Aufgabe notwendig ist.

Die Rechtsstellung des Willensvollstreckers im Einzelnen zu behandeln, ist nicht unsere Aufgabe. Fest steht, dass Lehre und Rechtsprechung diese Auffassung billigen¹⁸⁾

b) Die Rechtsstellung des Willensvollstreckers im Teilungsverfahren

Wie aus dem eben Gesagten ersichtlich ist, sind die Erben bei der Einsetzung einer Willensvollstreckung in ihren Rechten stark eingeschränkt. Sind diese umfassenden Rechte des Willensvollstreckers auch für die Teilung massgebend? Müssen die Erben jede beliebige Teilung des Willensvollstreckers unwidersprochen akzeptieren?

Wegleitend für die Handlungen des Willensvollstreckers sind immer die Anordnungen, welche ihm der Erblasser erteilt hat. Der Erblasser wird ihm kaum eine in jedes Detail ausgearbeitete Teilung vorgeschrieben haben. Schon rein praktisch wäre dies in den meisten Fällen ein Ding der Unmöglichkeit, variieren doch die Werte in der Zeit zwischen dem Tod und der effektiven Teilung. Errichtete der Erblasser die letztwillige Verfügung lange vor seinem Tode, so sind die Wertdifferenzen zwischen erblasserischer Taxierung und Wert anlässlich der Teilung sehr erheblich. Zudem werden die Anordnungen des Erblassers in manchen Fällen nur einen kleinen Teil des Nachlasses beschlagen.

Schreiber und Seeger, welche den Grundsatz der freien Erbteilung auch beim Vorhandensein einer Willensvollstreckung anwenden, geben dem Willensvollstrecker überhaupt kein Recht auf Intervention hinsichtlich der Nachlassachen, welche von den Anordnungen des Erblassers nicht betroffen werden. Mit einer solchen Argumentation gelangen sie mit den eigenen Ausführungen in Widerspruch. Sie billigen dem Willensvollstrecker Verwaltungs- und Verfügungsmacht zu¹⁹⁾, aber bei der Teilung lassen sie den Grundsatz der freien Vereinbarung vorgehen. Diese Unterscheidung zwischen Verwaltung und Teilung des Nachlasses erscheint uns etwas zu konstruiert. Vielmehr ist mit Escher anzunehmen, dass sich die Rechte des Willensvollstreckers auch auf die Vornahme der Teilung erstrecken.

Der Willensvollstrecker bleibt Verwalter der Erbschaft. Schreitet er zur Teilung, so hat er die Erben zusammenzurufen und die Teilung mit ihnen

18) Escher, N. 9 zu Art. 518; Tuor, Komm. N. 3 und 7 zu Art. 518; SJK Nr. 870; Schreiber, l'exécution test., S. 60; Seeger, S. 53/54; BGE 74 I 424; Weiss, Nr. 3529.

19) Seeger, S. 57; Schreiber, l'exécution test., S. 48.

zu besprechen. Er leitet als Verwalter des Nachlasses die Teilungsverhandlungen. Die Anordnungen des Erblassers muss er genau ausführen; hinsichtlich der übrigen Nachlassachen vollzieht sich die Teilung nach Vorschrift des Gesetzes.

Mit dieser Argumentation stehen wir auch in Widerspruch mit Escher, gibt doch dieser der Teilung nach den Anordnungen des Erblassers und der Teilung nach Vorschrift des Gesetzes die gleichen Wirkungen²⁰. Wie wir aber unter II sehen werden, gestaltet sich die Teilung nach Vorschrift des Gesetzes anders als jene nach Anordnungen des Erblassers.

Würde man Art. 607 Abs. 2 für den von den Anordnungen nicht betroffenen Teil der Erbschaft als anwendbar erklären, so würde das zu einer Ausschaltung des Willensvollstreckers führen. Die Einsetzung eines Willensvollstreckers bezweckt aber, die Verteilung des Nachlasses gerecht durchzuführen. Dabei geht der Erblasser von der Vorstellung aus, dass die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften, verbunden mit seinen Anordnungen, für eine gerechte Auseinandersetzung garantiere. Überlässt man aber den freien Teil der Erbschaft, welcher vielfach seinem Werte und seinem Umfange nach grösser ist, dem Gutdünken der Erben, so kann durch eine willkürliche, freie Vereinbarung die Teilung einen solchen Verlauf nehmen, dass sie den ursprünglichen Absichten des Erblassers direkt widerspricht. Gutmütige, geschäftsunkundige Erben werden übervorteilt, werden mit Sachen abgefunden, die in ihrem Werte nicht ihrem Anteil an der Erbschaft entsprechen. Es ergäbe sich die groteske Situation, dass eine Erbteilung nach Anordnungen des Erblassers die Rechte der Erben weniger tangieren würde als eine solche nach Vorschrift des Gesetzes²¹.

Eine solche Interpretation entspricht aber weder der Stellung des Willensvollstreckers noch dem Willen des Erblassers. Sinn und Zweck solcher Anordnungen wollen die gesetzliche Teilung in einer bestimmten Hinsicht beeinflussen, es sei denn, die Teilung wäre bis in jede Einzelheit vorgeschrieben.

Der Erblasser ist demnach kompetent, für alle Erben Teilungsregeln in Form einer letztwilligen Verfügung aufzustellen. *Sofern er mit dem Vollzug seiner Anordnungen einen Willensvollstrecker betraut, wird in diesem Umfange der Grundsatz der freien Erbteilung eingeschränkt.* Für den von den Anordnungen nicht betroffenen Teil der Hinterlassenschaft erfolgt die Teilung nach Vorschrift des Gesetzes²².

II. Der Willensvollstrecker führt die Teilung nach Vorschrift des Gesetzes aus

1. Unklare gesetzliche Regelung

Art. 518 Abs. 2 gibt dem Willensvollstrecker grundsätzlich die Befugnis, die Teilung der Erbschaft durchzuführen. Hat der Erblasser in bezug auf

²⁰) Escher, N. 17 zu Art. 518.

²¹) D. h. eine Teilung nach Vorschrift des Gesetzes, wie wir sie in unserer Arbeit verstehen. Vgl. § 4 II.

²²) Vgl. die unmittelbar folgenden Ausführungen (Ziff. II).

die Verteilung des Nachlasses keine Anordnungen getroffen, so wird die Teilung „nach Vorschrift des Gesetzes“ ausgeführt.

Was verstehen wir unter dem Passus „nach Vorschrift des Gesetzes“? Die rein grammatikalische Auslegung weist uns auf die Teilungsvorschriften der Art. 607 bis 625 des Zivilgesetzbuches hin. Die Teilungsnormen enthalten aber gleich am Anfang den Grundsatz der freien Erbteilung. Dürfen nun die Erben ohne Rücksicht auf den Willensvollstrecker die Erbschaft nach ihrem Gutdünken verteilen? Die Logik scheint das zu verlangen. Es fragt sich aber, welche Bedeutung in diesem Falle der Willensvollstreckung noch zukommt, wenn sie durch jenes Prinzip im Erbteilungsverfahren ausgeschaltet wird.

Vielleicht lässt sich aus den Materialien, der Lehre oder der ratio legis eine bessere Lösung finden.

2. Die Gesetzesmaterialien

Hier genügt ein Verweis auf § 4 B I Ziff. 2 unserer Arbeit²³.

3. Die Lehre

Auch hier können wir uns mit einem Hinweis auf § 4 B I Ziff. 3 zufrieden geben. Seeger und Schreiber lassen wie gesagt Art. 607 Abs. 2 an Art. 518 Abs. 2 vorgehen, während Escher den Passus „nach Vorschrift des Gesetzes“ nicht näher erläutert.

4. Ratio legis

a) Zweck der Willensvollstreckung im Teilungsverfahren

Wie wir schon vorher gezeigt haben²⁴, werden die Erben durch den Willensvollstrecker in ihren Rechten stark eingeschränkt. Mit Hilfe seiner Befugnisse, welche ihm das Gesetz einräumt, gelangt der Willensvollstrecker zu einer von den Erben unabhängigen Stellung. Dadurch gelingt es ihm, seine starke, aber neutrale Stellung gegenüber den Erben zu bewahren. Durch diese Unabhängigkeit wird es ihm auch möglich, die Erben gleich zu behandeln. Er kann den Willen des Erblassers gegenüber den Erben auch durchsetzen.

Denn der Erblasser bezweckte mit der Einsetzung des Willensvollstreckers nicht nur konservatorische Zwecke, d. h. dass der Nachlass erhalten bleibe, sondern er verfügte dessen Einsetzung, weil er glaubte, jene Person sei am besten in der Lage, den Nachlass gerecht unter die Erben zu verteilen.

Man kann vielleicht dieser Argumentation entgegen, eine freie Vereinbarung sei eine noch gerechtere Teilung; was der Willensvollstrecker als

23) Vgl. S. 12/13; vgl. Pro. Bd. 2 S. 165/66.

24) Vgl. S. 14/15.

billig erachte, wirke in manchen Fällen in den Augen der Erben als unbillig; eine freie Erbteilung berücksichtige jeden Wunsch des einzelnen Erben.

Bei näherer Prüfung erweist sich dieses Argument als unhaltbar. Jeder freien Vereinbarung wohnt ein gewisser Kompromiss inne. Einzelne Erben verzichten auf gewisse Gegenstände, um andere Sachen zu erhalten, ja vielfach verzichten sie einzig deshalb, um Streit zu vermeiden. Manchmal gelingt aber eine freie Vereinbarung nur auf Kosten einzelner Erben, sei es, dass sich diese übervorteilen lassen, sei es, dass sie aus reinen Pietätsgründen gegenüber dem Erblasser ihre Einwendungen fallen lassen.

Solche Vorkommnisse bewegen deshalb den Erblasser, einen Willensvollstrecker mit der Verteilung seines Nachlasses zu betrauen. Hauptsächlich wo unerfahrene, geschäftsunkundige Erben Anteil an einem grossen Nachlass besitzen, ist die Einsetzung eines Willensvollstreckers ratsam.

b) Die Teilungsbefugnis des Willensvollstreckers nach Vorschrift des Gesetzes

Die allgemeinen Prinzipien der Willensvollstreckung lassen sich aber beim Teilungsverfahren nicht verwirklichen, wenn der Grundsatz der freien Erbteilung zu seiner vollen Entfaltung gelangt. „Andernfalls könnten“, wie Escher richtig ausführt²⁵, „die Erben dem Vollstrecker durch übereinstimmenden Beschluss die Teilungsbefugnis entziehen“.

Wir gelangen einzig dann zu einer Lösung dieses komplexen Problems, wenn wir dem Passus „nach Vorschrift des Gesetzes“ eine eigene, mit dem Zweck der Willensvollstreckung in Einklang stehende Interpretation geben.

aa) „Nach Vorschrift des Gesetzes“ heisst: Die Teilung ist nach den Grundsätzen des Teilungsrechtes auszuführen

Es wäre verlockend, dem obgenannten Passus eine solche Interpretation zu geben, dass die Normen des Teilungsrechtes überhaupt nicht zur Anwendung gelangen würden. Doch diese Methode nennt man Gesetzesumgehung und nicht Gesetzesauslegung. „Nach Vorschrift des Gesetzes“ bezieht sich unzweifelhaft auf die Art. 607 ff. des ZGB. Nur ist zu beachten, dass jene Normen für eine Erbteilung ohne Willensvollstreckung gelten. Jeder Erbe ist dem andern gleichgeordnet. Darum muss das Gesetz bei Uneinigkeit unter den Erben notwendigerweise eine Lösung vorsehen, sei es, dass das Gesetz eine Instanz bestimmt, welche den Streit entscheidet²⁶, sei es, dass das Gesetz selbst die Lösung trifft²⁷.

Bei einer Willensvollstreckung ist aber eine unparteiische Instanz vorhanden, eine Person, die zum mindesten in ihren Befugnissen den Erben

25) Escher, N. 17 zu Art. 518.

26) Z. B. Art. 611 Abs. 2 und Art. 612 Abs. 3.

27) Z. B. Art. 610 Abs. 3.

übergeordnet ist. Die Normen des Erbteilungsrechtes gelangen deshalb nicht tel quel zur Anwendung. „Nach Vorschrift des Gesetzes“ heisst nicht, diese Artikel starr anwenden, sondern die Grundsätze des Erbteilungsrechtes, welche jene Artikel enthalten, berücksichtigen.

Diese Grundsätze sind:

- Der Grundsatz der freien Erbteilung (Art. 607 Abs. 2);
- Der Grundsatz der Gleichberechtigung der Erben (Art. 610 Abs. 1);
- Der Grundsatz der Naturalteilung (Art. 610 Abs. 1);
- Der Grundsatz der behördlichen Mitwirkung gemäss Art. 609.

bb) Das Kontrollrecht des Willensvollstreckers und die Leitung des Teilungsverfahrens durch denselben

Die obgenannten Grundsätze dürfen aber nicht dazu führen, den Willensvollstrecker in seinen Funktionen auszuschalten. Vielmehr besitzt er auf Grund seiner allgemeinen Befugnisse ein Kontrollrecht. Er überwacht die Durchführung der Teilung, er kontrolliert, ob die obgenannten Grundsätze gerecht und billig zur Anwendung gelangen.

Als Besitzer des Nachlasses hält er auch den Vorsitz bei den Teilungsverhandlungen inne. Als Unparteiischer soll er den Erben bei der Teilung als Ratgeber dienen. Die Leitung der Teilungsverhandlungen gibt dem Willensvollstrecker die Möglichkeit, das Kontrollrecht, überhaupt seine Aufgabe korrekt und pflichtgetreu zu erfüllen.

cc) Die Grundsätze des Erbteilungsrechtes lassen sich mit der Stellung des Willensvollstreckers vereinbaren

α) Mit dem Grundsatz der freien Erbteilung. Art. 607 Abs. 2 lässt zwei verschiedene Gesetzesauslegungen zu, je nachdem man dieses Prinzip extensiv oder restriktiv interpretiert.

Extensiv bedeutet freie Vereinbarung, d. h. Freiheit im Verfahren und Freiheit in der Zusammensetzung des Erbanteils. Die liberale Grundhaltung des ZGB lässt uns die Anwendung der extensiven Interpretation als richtig erscheinen. Untersuchen wir dieses Argument etwas näher, so gelangen wir, so paradox dies klingen mag, zum Schluss, dass die vermeintliche liberale Lösung die etatistischere ist. Denn eine solche Auslegung würde ohne weiteres die Anzahl der Ausnahmen vergrössern: bei der Willensvollstreckung, bei unmündigen, entmündigten, abwesenden oder unbekannten Erben, bei der kantonalen Mitwirkung gemäss Art. 609 Abs. 2, bei der bundeszivilrechtlichen Mitwirkung gemäss Art. 609 Abs. 1. In all diesen Fällen würde die Anwendung des Art. 607 Abs. 2 in solch weiter Fassung zur Unmöglichkeit. Jener Artikel würde zur Bedeutungs-

losigkeit herabsinken, die Ausnahme würde zur Regel, der Grundsatz der freien Erbteilung zu einer blossen Phrase.

Die restriktive Interpretation macht aber Art. 607 Abs. 2 zu wirklich geltendem, anwendbarem Recht. Frei sind die Erben in der Zusammensetzung ihrer Erbanteile. Die Leitung der Teilungsverhandlungen liegt aber je nach dem Erbfall in den Händen einer privaten oder staatlichen Drittperson. Aus diesem Verfahren erwachsen gutgläubigen Erben keine Nachteile²⁸. Da die mit der Willensvollstreckung beauftragten Personen meistens fachkundige Personen sind, wird die Teilung rascher und zweckmässiger durchgeführt, was sicher auch im Interesse der Erben liegt.

Der Willensvollstrecker hat demnach eine gütliche Einigung der Erben zu respektieren. Schliessen die Erben ohne Beisein des Willensvollstreckers eine freie Vereinbarung ab, so hat er auch diese auszuführen, sofern er darin keine Benachteiligung eines Erben erblickt.

Doch darf auch bei einer gütlichen Einigung zwischen den Erben dem Willensvollstrecker die Einsicht und Kenntnisnahme des Teilungsvertrages nicht verwehrt werden. Wir verstehen darunter nicht nur die Bekanntgabe des Endresultates, das ja der Willensvollstrecker ohnehin wissen muss, um die Erbschaftssachen einzeln auf die berechtigten Erben übertragen zu können, sondern auch die Kenntnisgabe der Beweggründe und hauptsächlich der Höhe des Anrechnungswertes einzelner Erbschaftswerte auf den einzelnen Erbenanteil.

U. E. ist eine solche Einsicht notwendig. Denn sobald der Willensvollstrecker glaubt, ein Erbe sei bei dieser gütlichen Teilung übervorteilt worden, so darf er die Teilung nicht nach der freien Vereinbarung der Erben vollziehen, sondern hat einen andern, eigenen Teilungsplan aufzustellen. Ofters wird ja ein Willensvollstrecker mit der Teilung eines Nachlasses betraut, weil die Hinterlassenschaft einen ziemlich komplizierten Vermögenskomplex bildet. Ein solches Vermögen können die Erben vielleicht wegen Unerfahrenheit in geschäftlichen Dingen nicht selber teilen, oder, was auch zutreffen mag, einzelne Erben sind nicht fähig, einzelne Vermögenswerte selbständig zu schätzen. Dagegen liesse sich einwenden, dass in einem solchen Falle der Erblasser Teilungsanordnungen aufstellen und gleichzeitig einzelne schwierig zu schätzende Erbschaftssachen mit einem eigenen Schätzungswert versehen könne. Ein solches Vorgehen ist aber in vielen Fällen gar nicht möglich. Man denke nur an ein Geschäft, dessen Aktiven und Passiven täglich erheblichen Schwankungen unterworfen sind! Zweckmässiger ist es, den langjährigen Anwalt des Geschäftes zum Willensvollstrecker zu ernennen, mit der Anordnung, dass er den Nachlass gerecht und billig an die Erben verteile. Steht nun dieser Anwalt einer freien Vereinbarung zwischen den Erben gegenüber, dann ist es seine Pflicht, die Bewertung der einzelnen Erbschaftssachen genau abzuklären.

28) Es sei denn, man betrachte die Steuerhinterziehung, die Übervorteilung geschäftsunkundiger Erben als ein schützenswertes Freiheitsrecht.

Liegen erhebliche Differenzen vor, so ist er gehalten, auch gegen den Willen sämtlicher Erben die Teilung auf eine andere Art durchzuführen. Denn der Erblasser wollte ja gerade durch die Einsetzung eines Willensvollstreckers die Übervorteilung geschäftsunkundiger Erben verhindern.

Man kann unserer Argumentation entgegenhalten, dass jeder Erbteilung erstens die Gefahr einer Übervorteilung innewohne und zweitens, dass ja gemäss Art. 638 ZGB jeder Erbe die Möglichkeit habe, nach den Regeln des OR den Teilungsvertrag anzufechten. Dieser Einwand verliert aber seine Berechtigung dadurch, dass es sich hier nicht um eine gewöhnliche Erbteilung handelt, sondern um eine Teilung durch den Willensvollstrecker. Denn damit würde gerade dort, wo es sich um die Verteilung komplizierter Erbschaften handelt, die Willensvollstreckung umgangen. Es ist nicht nur Aufgabe des Willensvollstreckers, den Nachlass zu verteilen, sondern gleichzeitig auch ihn gerecht zu verteilen. Klar erscheinende Ungerechtigkeiten sollen ausgemerzt oder durch andere Anordnungen ergänzt werden. Zudem muss auch der Willensvollstrecker untersuchen, ob der Teilungsvertrag wirklich in alle Einzelheiten festgelegt oder einzig darum abgeschlossen worden sei, um ihn von der Teilung auszuschalten, was dann ausdrücklich gegen die Anordnungen des Erblassers verstiesse und deshalb ungültig wäre. Ein solch mangelhafter Vertrag lässt sich auf die Weise verwirklichen, dass der Teilungsvertrag nur summarisch, ungefähr nach folgendem Schema abgefasst wird: A übernimmt die Grundstücke, B die Wertschriften. Der Anrechnungswert der Grundstücke und der Wertschriften wird durch X bestimmt; die Differenz wird „in bar“ ausgeglichen. Nun ist aber der Sinn des Art. 634 ZGB in Verbindung mit Art. 607 Abs. 2 nicht der, dass durch einen schriftlichen Teilungsvertrag sogar die Teilungsbefugnis des Willensvollstreckers ausgeschaltet werden kann. Ob sich Schreiber und Seeger einer solchen Sachlage bewusst waren?

Wir interpretieren Art. 607 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 518 Abs. 2 folgendermassen: *Die Erben sind nicht gezwungen, einzelne Erbschaftsgegenstände auf Anrechnung an ihren Erbteil entgegenzunehmen. Genehmigt ein Teil der Erben den vom Willensvollstrecker aufgestellten Teilungsvertrag nicht, so darf ihnen der Willensvollstrecker durch die zuständige Behörde eine Frist ansetzen, innert welcher die widerstrebenden Erben beim Richter Klage erheben können. Beschreiten jene Erben den Rechtsweg nicht, so wird der Teilungsvertrag rechtskräftig*²⁹. Denn nur auf diese Art ist es dem Willensvollstrecker möglich, seiner Pflicht, die Teilung effektiv durchzuführen, nachzukommen. Einigen sich aber alle Erben auf einen bestimmten Teilungsplan, so muss der Willensvollstrecker diese Vereinbarung vollstrecken, sofern er darin keine Ungerechtigkeiten erblickt.

Der Grundsatz der freien Erbteilung erfährt demnach nur die Einschränkung, dass sich die Erben die Einmischung des Willensvollstreckers zur Kontrolle gefallen lassen müssen. Dass dem Willensvollstrecker noch die

29) Escher, N. 19 zu Art. 518; BlZR Bd. 27 S. 35.

weitere Möglichkeit eingeräumt wird, einen Teilungsvertrag der Erben, welcher irgend einen Erben benachteiligt, umzustossen, kann nicht als eine Beeinträchtigung der Erbenrechte taxiert werden³⁰. Sinn und Tragweite des Art. 607 Abs. 2 gehen kaum dahin, dass diese Norm auch ungerechtfertigten Verträgen gegenüber dem Willensvollstrecker Rechtskraft verleihen wollte.

β) Der Grundsatz der Gleichberechtigung der Erben. Dass der Willensvollstrecker den Grundsatz der Gleichberechtigung der Erben gemäss Art. 610 Abs. 1 ZGB und Art. 607 Abs. 1 ZGB respektieren muss, ist logisch; wie könnte er denn im Interesse aller Erben eine Teilung vollziehen, wenn er einige davon bevorzugen wollte?

γ) Der Grundsatz der Naturalteilung. U. E. muss der Willensvollstrecker auch den Grundsatz der Naturalteilung befolgen³¹. Das Versilberungsprinzip könnte nur dann angewendet werden, wenn der Willensvollstrecker dem Erbschaftsliquidator gleichgestellt wäre. Dies ist nun sicher nicht der Fall, greift doch die amtliche Liquidation nur in Ausnahmefällen Platz³². Die Erben nehmen ja die Erbschaft vorbehaltlos an, folglich haften sie gemäss Art. 603 ZGB solidarisch für die Erbschaftsschulden. Es besteht darum kein Bedürfnis, zuerst alle Verpflichtungen des Erblassers zu erfüllen und dazu das Vermögen zu versilbern, es sei denn, alle Erben seien mit diesem Vorgehen einverstanden oder ein Erbe verlange, gestützt auf Art. 610 Abs. 3, die Tilgung oder Sicherstellung der Erbschaftsschulden. Vielmehr hat der Willensvollstrecker die Pflicht, das Vermögen in seinem Bestand (ähnlich wie der Erbschaftsverwalter) zu erhalten und die einzelnen Gegenstände den einzelnen Erben auf Anrechnung an ihren Erbteil auszuhändigen³³.

δ) Der Grundsatz der behördlichen Mitwirkung. Trotzdem ein Willensvollstrecker mit der Teilung des Nachlasses betraut ist, kann dadurch die behördliche Vertretung eines Erben nicht beseitigt werden. Vertreten wird ja ein Erbe nur, wenn er bevormundet, unmündig oder wenn sonst ein Beistandsgrund gegeben ist³⁴. Nach Art. 609 Abs. 1 hat zudem auch dann die Behörde an Stelle eines Erben mitzuwirken, wenn ein Dritter den Anspruch auf die angefallene Erbschaft erworben oder gepfändet hat oder gegen den Erben Verlustscheine besitzt. Dass ein solcher Erbe durch die Behörde an einer gewöhnlichen Erbteilung vertreten sein muss, versteht sich, weil sonst die Gefahr der Benachteiligung der Gläubigerinteressen bestände. Diese ist natürlich beim Vorhandensein einer Willensvollstreckung erheblich kleiner, denn der Willensvollstrecker wird sich kaum zu solchen Machenschaften hinreissen lassen. Die Behörde könnte ja den

30) Vgl. unsere Ausführungen S. 20; insbesondere Anm. 28 S. 20.

31) S. Art. 610 Abs. 1 ZGB.

32) S. Art. 593 Abs. 2 ZGB.

33) Vgl. Schreiber, S. 29.

34) Vgl. § 7.

Willensvollstrecker dazu anhalten, den Erbanteil des betreffenden Erben gegen Sicherheitsgarantie auszuliefern oder an einer Treuhandsstelle zu hinterlegen. Trotzdem rechtfertigt sich die Vertretung des Erben. Denn der Willensvollstrecker kann unmöglich die Vertretung des betreffenden Erben übernehmen, weil er nicht ein Einzelinteresse, sondern das Gesamtinteresse der Erben zu vertreten hat. Zudem würde der Erbe kaum am ganzen Teilungsverfahren aktiv teilnehmen, da sein Erbanteil ohnehin den Gläubigerinteressen geopfert werden muss. Zum Abschluss eines Real- oder eines schriftlichen Teilungsvertrages bedarf es aber der Mitwirkung aller Erben. Auch würde der betreffende Erbe bei einer effektiven Benachteiligung kaum Beschwerde gegen den Willensvollstrecker erheben³⁵. Aus all den angeführten Gründen rechtfertigt es sich, auch gegenüber dem Willensvollstrecker die behördliche Vertretung als anwendbar zu erklären.

An und für sich müsste nun auch die Frage untersucht werden, inwieweit das Institut der Willensvollstreckung die amtliche Mitwirkung bei der Erbteilung gemäss Art. 609 Abs. 2 auszuschalten vermag. Diese Frage lässt sich aber erst nach der Behandlung der amtlichen Mitwirkung bei der Erbteilung beantworten³⁶.

III. Der Erblasser hat dem Willensvollstrecker die Teilungsbefugnis entzogen

Sofern der Erblasser dem Willensvollstrecker die Teilungsbefugnis entzogen hat, gestaltet sich die Rechtslage einfach. Der Willensvollstrecker hat keine Teilungsbefugnis, der Grundsatz der freien Erbteilung kommt zu seiner vollen Entfaltung. Verwalter des Nachlasses bis zur vollständigen Teilung bleibt aber der Willensvollstrecker. Er weist nach der freien Übereinkunft der Erben jedem einzelnen Erben sein Erbtreffnis zu³⁷.

35) Diese Gefahr ist auch bei einer Willensvollstreckung vorhanden, denn sicher würden Sachen, die kein Erbe übernehmen will, auf dem Wege des geringsten Widerstandes jenem Erben zugeschoben.

36) Vgl. § 20.

37) Nach Abschluss dieser Arbeit erschien die 2. Auflage der 1. Abt. des Kommentars von Tuor. Wir fassen die Ausführungen Tuors betr. die Teilungskompetenzen des Willensvollstreckers in einem ersten Abschnitt zusammen, um dann in einem zweiten dazu Stellung zu nehmen.

1. „Die Verweisung auf den amtlichen Erbschaftsverwalter in Abs. 1 des Art. 518 ZGB hat demnach für den Willensvollstrecker kaum eine andere Bedeutung, als seine Amtsführung der Aufsicht der Behörde zu unterstellen und ein Beschwerderecht gegen seine Massregeln zu statuieren“ (Tuor, 2. Aufl., Komm. N. 7 zu Art. 518; vgl. unsere Ausführungen S. 12/13). Die letztwilligen Verfügungen hat der Willensvollstrecker genau zu beachten und zu befolgen, auch „wenn alle Erben anderslautende Wünsche geltend machen“ (Tuor, 2. Aufl., Komm. N. 1 zu Art. 518; vgl. unsere Ausführungen in § 4 B I). „Insoweit der Erblasser keine Bestimmungen in einer Verfügung von Todes wegen getroffen, insbesondere auch wenn er ohne Kompetenzzuweisung einfach nur den Willensvollstrecker bezeichnet hat, tritt an die Stelle seines Willens die gesetzliche Regelung“ (Tuor, 2. Aufl.,

§ 5 DER ERBLASSER STELLT TEILUNGSVORSCHRIFTEN AUF,
OHNE MIT DEREN VOLLZUG EINEN WILLENS-
VOLLSTRECKER ZU BEAUFTRAGEN

A. Vorfragen

Art. 608 Abs. 1 gibt dem Erblasser das Recht, für die Erben über die Teilung des Nachlasses verbindliche Vorschriften aufzustellen. Um die Bedeutung dieses Artikels ganz zu erfassen, müssen vorerst einige Vorfragen behandelt werden, nämlich die Form, der Geltungsbereich, das Wesen und die rechtliche Bedeutung dieser Vorschriften.

I. Die Form

Art. 608 Abs. 1 verlangt als Formerfordernis eine Verfügung von Todes wegen. Gemäss Art. 481 ZGB sind unter Verfügung von Todes wegen Testament und Erbvertrag zu verstehen. Der französische Text nennt nicht den Oberbegriff, sondern ausdrücklich Testament und Erbvertrag¹.

Komm. N. 2 zu Art. 518). Nach Tuor gehen auch die der Teilungsbehörde zukommenden Befugnisse auf den Willensvollstrecker über (Tuor, 2. Aufl., Komm. N. 16 zu Art. 518). „So hat er die Lose zu bilden, wenn sich die Erben darüber nicht einigen können, über die Veräusserung oder Zuweisung zusammengehörender Sachen, die Zuweisung von Familienschriften zu entscheiden, den Zeitpunkt einer Versteigerung zu bestimmen. Dies alles unter Vorbehalt des Beschwerderechtes der Erben an die Aufsichtsbehörde und bei Verletzung materiellen Rechtes der gerichtlichen Klage. Insofern die Erben einig sind, soll der Willensvollstrecker hiebei ihren Wünschen sich fügen, ausser wenn sich diese gegen zwingende gesetzliche Bestimmungen oder Anordnungen des Erblassers verstossen“ (Tuor, 2. Aufl., Komm. N. 16 zu Art. 518). Dem Entscheid der Zürcher Rekurskammer, BlZR Bd. 27 S. 35 (vgl. unsere Ausführungen S. 21), stimmt Tuor nur in dem Sinne zu, als dadurch „nicht durch Fristansetzung den Erben ihr Beschwerde- und Klagerecht genommen noch die dazu vom kantonalen Rechte und ZGB gegebenen Fristen abgekürzt werden“ (Tuor, 2. Aufl., Komm. N. 17 zu Art. 518).

2. Unsere Ausführungen widersprechen somit nicht denjenigen von Tuor. Auch der Ansicht von Tuor, die Befugnisse der Teilungsbehörde seien auf den Willensvollstrecker zu übertragen, können wir beipflichten (vgl. unsere Ausführungen in § 20). Hingegen möchten wir das Verbum *sollen* in dem Passus, insofern die Erben einig sind, soll der Willensvollstrecker hiebei ihren Wünschen sich fügen..., durch *müssen* ersetzen. Der Kritik des Entscheides der Zürcher Rekurskammer stimmen wir bei, doch muss beachtet werden, dass durch die Fristansetzung der Erbe wohl in seinem Klagerecht nicht beschränkt werden, hingegen eine Umkehrung der Beweislast, im Gegensatz zu Art. 609. Abs. 2 (vgl. unsere Ausführungen S. 72/73, stattfinden darf. Nur mit Hilfe dieses prozessualen Mittels ist der Willensvollstrecker in der Lage, seine Aufgaben und Pflichten gerecht zu erfüllen.

Zu unsern weitem Ausführungen nimmt Tuor keine Stellung.

1) Par testament ou pacte successoral; vgl. auch Tuor, Komm. N. 6 zu Art. 608.

II. Der Geltungsbereich

Art. 608 Abs. 1 verfügt nur, dass die Teilungsvorschriften gegenüber den Erben anzuwenden seien. Daraus ist nicht ersichtlich, ob alle Erben, gesetzliche wie eingesetzte, unter diesen Artikel zu subsumieren sind². Denn es ist nicht ohne weiteres verständlich, dass die Teilungsvorschriften auch gegenüber den Pflichterben durchgesetzt werden dürfen. Nun berührt aber die Teilungsvorschrift die Höhe des einzelnen Erbanteiles nicht, ihre Funktion erschöpft sich darin, die Zusammensetzung der Erbanteile zu beeinflussen. Eine Verletzung des Pflichtteiles durch eine Teilungsvorschrift erfolgt deshalb nicht³ oder nur dann, wenn ein Vorausvermächtnis damit verbunden ist⁴. Trifft letzteres zu, so können, wie das BGer richtig ausgeführt hat⁵, die betreffenden Erben die Herabsetzungsklage erheben⁶.

III. Das Wesen

(Unterscheidung zwischen Teilungsvorschrift und Vermächtnis)

Wie Guhl ausführt⁷, bereitet der Praxis die Unterscheidung zwischen Teilungsvorschrift und Vermächtnis etwelche Schwierigkeiten. Der Grund liegt darin, dass sich der Erblasser dieser juristischen Unterscheidung nicht recht bewusst ist.

1. Vermutung spricht zugunsten der Teilungsvorschrift

Dieses Gefahrenmoment erkannte auch der Gesetzgeber, und um dieses möglichst zu beseitigen, stellte er in Abs. 3 des Art. 608 eine klare Rechtslage dar, indem er eine gesetzliche Vermutung zugunsten der Teilungsvorschrift verfügte.

Das BGer⁸ schwächte diese Vermutung insofern ab, als diese nicht nur durch eine „über jeden Zweifel erhabene Sicherheit des Vermächtniswillens des Erblassers“, sondern, bei einer unklaren Bestimmung des Erblassers, auch durch einen Indizienbeweis umgestossen werden kann. Als Grund wird angeführt, dass auch bei Art. 608 die allgemeinen, für die letztwilligen Verfügungen von Todes wegen massgebenden Auslegungsmethoden, also auch die Herbeiziehung von Tatsachen, welche sich ausserhalb des Testamentsinhaltes befinden, angewendet werden können⁹. Guhl kritisiert in dem vorgenannten Artikel¹⁰ mit Recht eine solche Beweisführung, denn damit sinkt diese Norm fast zur Bedeutungslosigkeit herab. U. E. darf

2) Nach Escher sind die Teilungsvorschriften für gesetzliche und eingesetzte Erben verbindlich; vgl. Escher, N. 3 und N. 7 zu Art. 608.

3) Huber, Erl. zu VE, S. 67.

4) Vgl. unsere Ausführungen S. 26/27.

5) BGE 46 II 223.

6) Schiller, S. 55/56.

7) ZbJV Bd. 64 S. 399.

8) BGE 53 II 211.

9) BGE 46 II 220; 47 II 28, 34.

10) S. Anm. 7.

eine gesetzliche Vermutung nur durch eine über jeden Zweifel erhabene Beweisführung umgestossen werden. Liegt aber eine solche Erschwerung nicht im Interesse der Rechtssicherheit, so bringe man den Mut auf, sie im Gesetze zu streichen, statt sie durch die Gerichtspraxis praktisch auszu-schalten¹¹. Rechtspolitisch betrachtet, ist es verständlich, dass für die Auslegung von Teilungsvorschriften nicht strengere Auslegungsmittel gefordert werden sollen als für die übrigen letztwilligen Verfügungen, die ja in ihrer Wichtigkeit den Teilungsvorschriften meistens vorgehen. Der Gesetzgeber würdigte aber dieses Problem anders, für ihn genügten die gewöhnlichen Auslegungsmittel der letztwilligen Verfügungen nicht. Um der gesetzlichen Norm von Art. 608 Abs. 3 zu genügen, müssen wir daher eine strengere Beweisführung postulieren. Die einzig mögliche Erschwerung liegt darin, den Indizienbeweis nicht mehr zuzulassen.

2. Unterscheidung von Vermächtnis und Teilungsvorschrift

Theoretisch lässt sich eine Unterscheidung zwischen Teilungsvorschrift und Vermächtnis leicht bewerkstelligen. Eine Teilungsvorschrift richtet sich immer an die Erben, was beim Vermächtnis nicht unbedingt erforderlich ist. Zudem vermittelt sie im Gegensatz zum Vermächtnis keine materielle Begünstigung zu der schon vorher zugeteilten Erbquote¹².

Schwieriger gestaltet sich diese Unterscheidung, wenn der Erblasser gleichzeitig noch den Anrechnungswert der einzelnen Erbschaftsgegenstände oder den Tag der Erbteilung festgesetzt hat.

a) Wertberechnungen

Wertberechnungen darf der Erblasser vornehmen, und sie sind auch für die Erben verbindlich¹³. Nun kann aber, sofern der effektive Wert der Erbschaftssache und der vom Erblasser festgesetzte Wert nicht übereinstimmen, eine Begünstigung für den Übernehmer oder eine solche für die Miterben vorliegen¹⁴. Erklären sich einige Erben mit den Wertberechnungen des Erblassers nicht einverstanden, so können sie durch den Richter mit Hilfe der Herabsetzungsklage nur dann eine Korrektur verlangen, wenn sie dadurch in ihrem Pflichtteil verletzt sind. Ungültig wird eine solche Verfügung erst, wenn sie nach Art. 469 ZGB nichtig erklärt werden kann.

11) Guhl äussert sich über diese Norm folgendermassen: „Es ist aber nicht sehr schade um diese Vermutung, denn sie ist im Grunde genommen gar nicht gerechtfertigt“; ZbJV Bd. 64 S. 400.

12) Escher, N. 1 zu Art. 484.

13) Tuor, Komm. N. 13 zu Art. 608.

14) Je nachdem der festgesetzte Wert über oder unter dem effektiven Wert liegt.

b) Festsetzung des Abrechnungstermines

Eine Begünstigung ergibt sich auch, wenn der Erblasser seinen Todestag als Abrechnungstermin bezeichnet. Die Folge ist, dass die nach diesem Termin auflaufenden Zinsen, also auch diejenigen der Erbengemeinschaft, zugunsten des Begünstigten verfallen¹⁵. Auch eine solche Anordnung wird rechtlich geschützt, wirkt sie sich doch viel weniger einschneidender für die benachteiligten Erben aus als die vorhergehende, da die Erben nach Art. 604 ZGB jederzeit die Teilungsklage erheben können.

Praktisch lässt sich leicht feststellen, ob durch den vom Erblasser festgesetzten Wert eine Begünstigung beabsichtigt ist. Sobald nämlich pflichtteilsberechtigte Erben vorhanden sind, muss gemäss Art. 474¹⁶ die Berechnung der verfügbaren Quote erfolgen. Diese Berechnung erfolgt nun nach rein objektiven Grundsätzen, d. h. entscheidend ist nicht der vom Erblasser berechnete Wert, sondern der effektive Wert der Erbschaft. Liegt nun eine Differenz vor, so handelt es sich bei dieser Teilungsvorschrift um eine Begünstigung¹⁷.

B. Die rechtliche Bedeutung der Teilungsvorschrift

I. Die Teilungsvorschrift besitzt keine dingliche Wirkung

Einzig den Erben ist es vorbehalten, die Teilung zu verlangen. Hingegen kann der Erblasser die Art der Teilung durch Teilungsvorschriften beeinflussen. Solche Vorschriften stellen aber bloss Anweisungen an die Erben dar, die Teilung nach einer bestimmten Art und Weise vorzunehmen. In seinem Entscheid v. 9. Juli 1924 i. S. Burckhard c. Moser und Genossen¹⁸ legt das BGer den Teilungsvorschriften dinglichen Charakter bei, d. h. die Teilung wird durch das Vorhandensein von Teilungsvorschriften bereits als vollzogen erachtet¹⁹. Doch schon im Jahre 1932²⁰ änderte das BGer seine Rechtsprechung und hat seither seine Ansicht wiederholt bestätigt²¹. Das BGer führt zur Begründung seiner Praxisänderung aus, dass die „Teilungsvorschriften nur eine Anweisung an die Erben sei, die Teilung in einem

15) Vgl. BGE 70 II 270.

16) Es handelt sich hier um zwingendes Recht; vgl. BGE 70 II 271.

17) Tuor, Komm. N. 23 zu Art. 474.

18) BGE 50 II 441 ff.

19) Natürlich nur für die Erbschaftsgegenstände, für welche Teilungsvorschriften vorhanden sind.

20) BGE 58 II 402 ff.

21) BGE 70 II 269; 67 II 100.

bestimmten Sinne vorzunehmen, sie ist aber nicht schon Vollzug der Teilung“. Hauptsächlich dort, wo die Teilungsvorschrift eine Ausgleichung gemäss Art. 608 Abs. 2 erfordere, könne den Erben nicht zugemutet werden, den von der Teilungsvorschrift betroffenen Gegenstand aus der Hand zu geben, bevor der betreffende Erbe auch zur Ausgleichung bereit sei²².

Die Änderung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist u. E. richtig, denn den Teilungsvorschriften dingliche Wirkung beizulegen, widerspricht der gesamten erbrechtlichen Regelung. Nicht nur die Tatsache, dass die Erben gezwungen sind, die betreffenden Erbschaftsgegenstände ohne jegliche Sicherungsmittel dem von der Teilungsvorschrift profitierendem Erben herauszugeben, spricht gegen eine solche Handhabung von Art. 608, sondern auch das Prinzip der Gesamthand.

II. Das Verhältnis der Teilungsvorschrift zum Grundsatz der freien Erbteilung

Doch die Funktion wie auch die relative Schwäche des Art. 608 erkennt man erst, wenn man diesen Artikel in Beziehung mit Art. 607 Abs. 2 bringt. Art. 608 wird hauptsächlich dann vom Erblasser in Anspruch genommen, wenn er einen ihm sehr unsympathischen Pflichterben²³ die Möglichkeit nehmen will, bei der Teilung hindernd und arrogant zu wirken. Zudem gestattet dieser Artikel dem Erblasser, einem bestimmten Erben Sachen zuzuweisen, welche jenem vielleicht bei einer gewöhnlichen Erbteilung nicht zufallen würden.

Wie verhält es sich aber, wenn der berechtigte Erbe auf den Anspruch verzichtet und sich zu einer abweichenden, gütlichen Teilung bereit erklärt? Dann geht die Einstimmigkeit der Erben den Anordnungen des Erblassers vor. Diese Annahme ergibt sich aus der dispositiven Natur des Art. 608. Zwingende Normen des Teilungsrechtes sind nur diejenigen, welche im Interesse des Staates²⁴, zum Schutze nicht voll handlungsfähiger Erben²⁵ oder sonst zum Schutze Dritter²⁶ errichtet sind. Schon der Gesetzestext: „der Erblasser ist befugt“, deutet nicht auf eine imperative Form hin. Will der Erblasser unter allen Umständen seine Teilungsvorschriften durchsetzen, dann ist ihm ja durch die Willensvollstreckung diese Möglichkeit gegeben. Auch kann er z. B. ein Vermächtnis mit der Bedingung versehen, dass es

22) Vielfach ist ja der betreffende Erbe zur Ausgleichung gar nicht fähig.

23) Man denke nur an den kantonalen Vorbehalt in Art. 472 ZGB, welche den Kantonen die Kompetenz gibt sogar die Nachkommen der Geschwister als pflichtteilsberechtigt zu erklären.

24) Z. B. Art. 616 Zerstückelung von Grundstücken; Art. 609 Abs. 2 Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechtes.

25) So die Bestimmungen des Vormundschaftsrechtes.

26) Art. 609 Abs. 1 Schutz der Gläubiger.

nur ausgerichtet werde, wenn der betreffende Erbe die Teilungsvorschriften des Erblassers respektiere²⁷. Diese Ansicht wird auch von der Lehre gebilligt²⁸.

Der Grundsatz der freien Erbteilung erleidet deshalb durch Artikel 608 ZGB keine Beeinträchtigung.

§ 6 KANN DER ERBLASSER DIE AMTLICHE ERBSCHAFTSTEILUNG ANORDNEN?

Sehr umstritten ist die Frage, ob der Erblasser durch Teilungsvorschrift die amtliche Erbschaftsteilung anordnen kann¹.

Würde man mit Tuor eine amtliche Erbteilung auf Veranlassung des Erblassers bejahen, so müsste gemäss SchlT Art. 54 eine zuständige Behörde bezeichnet werden. Nun kennt aber kein einziges kantonales EG z. ZGB eine Vorschrift, welche normiert, dass irgend eine Behörde die Teilung vorzunehmen habe, wenn ihr eine letztwillige Verfügung des Erblassers diese Aufgabe überbinde². Obwohl der bundesrätlichen Genehmigung der kantonalen EG z. ZGB keine konstitutive Wirkung zukommt, so wäre ein solcher Fehler sicher beanstandet worden³.

Zudem steht ja dem Erblasser das Institut der Willensvollstreckung zur Verfügung, ein Institut, das sicher auch vom Erblasser aus betrachtet demjenigen der amtlichen Erbschaftsteilung überlegen ist⁴. Auch sollen dem Staat nicht Aufgaben überbunden werden, welche im Interesse von Privaten liegen und zudem noch von Privaten besser ausgeführt werden können.

27) Tuor, Komm. N. 9 zu Art. 608.

28) Tuor, Komm. N. 9 zu Art. 608; Escher, N. 12 S. 184, 2. Hlbb.

1) Tuor spricht sich bejahend aus (Komm. N. 8 zu Art. 608); Escher verneinend (N. 8 zu Art. 608).

2) Bei einer extensiven Interpretation könnte vielleicht eine solche Bestimmung in jenen kant. EG z. ZGB erblickt werden, welche eine amtliche Mitwirkung für alle Erbschaftsteilungen vorsehen, wie z. B. die EG z. ZGB von Solothurn, Appenzell-Ausser rhoden und Schaffhausen.

3) Den Gesetzesmaterialien kann nichts Definitives entnommen werden. Der I. VE enthielt in Art. 622 Abs. 1 eine Bestimmung, welche dem Erblasser die Möglichkeit einräumte, zu bestimmen, dass die Teilung unter Mitwirkung der zuständigen Behörde vorgenommen werden solle. Im VE des eidgen. Justiz- und Polizeidepartementes vom Jahre 1903 wird aber dieser Absatz fallen gelassen. Vgl. auch die Äusserungen des ständerätlichen Berichterstatters, Sten. Bull. 1906 S. 487, Spalte links.

4) Escher, N. 8 zu Art. 608.

III. Kapitel

DIE BESCHRÄNKUNG DER FREIEN ERB- TEILUNG DURCH DAS VORMUNDSCHAFTSRECHT

§ 7 DIE STELLUNG DER VORMUNDSCHAFTLICHEN ORGANE IM TEILUNGSVERFAHREN

Eine freie Vereinbarung zwischen den Erben ist da nicht mehr möglich, wo ein oder mehrere Erben, sei es infolge ihrer Abwesenheit, Jugendlichkeit, Geisteskrankheit u. a. m., gar nicht fähig sind, frei zu handeln. An deren Stelle müssen Vertreter teilnehmen, die je nach ihrem Berufungsgrund selbstständig oder mit behördlicher Genehmigung verbindlich handeln.

A. Die vormundschaftlichen Organe

I. Abgrenzung des Themas

Es ist nicht unsere Aufgabe, die Gründe der Einsetzung der vormundschaftlichen Organe zu untersuchen. In der vorliegenden Arbeit werden nur die Probleme in Erwägung gezogen, welche für das Erbteilungsverfahren von Interesse sind.

II. Die Stellung der vormundschaftlichen Organe

1. Der Beistand

Die Einsetzung eines Beistandes erfolgt nicht kraft Erbrecht, sondern kraft Vormundschaftsrecht¹. Der Beistand ist nicht irgend einer Erbschaftsbehörde, sondern der Vormundschaftsbehörde gegenüber verantwortlich. Nach Art. 367 Abs. 3 ZGB gelten für seine Stellung, „soweit keine besonderen Vorschriften aufgestellt sind, die Bestimmungen über den Vormund“. In der Lehre herrscht Uneinigkeit, welche Normen des Vormundschaftsrechtes für die Beistandschaft anwendbar seien. Dieser Theorienstreit hat für das Erbteilungsverfahren keine Bedeutung. Der Beistand hat im konkreten Fall nur die Aufgabe, den Verbeiständeten bei der Erbteilung zu vertreten.

Bekanntlich beschränkt die Beistandschaft im Gegensatz zur Vormundschaft den Verbeiständeten in seiner Handlungsfähigkeit nicht². Ihre Errichtung wird den übrigen Erben mitgeteilt. Die Erben können demnach

1) Betr. die Beistandschaft siehe die Komm. Egger und Kaufmann zu Art. 392 ff ZGB, sowie die Dissertationen von Hedwig Schudel und Hedwig Stämpfli.

2) Art. 417 Abs. 1 ZGB.

trotz der Handlungsfähigkeit des vertretenen Erben mit diesem keine Rechtsgeschäfte abschliessen, weil sie wissen, dass für erbrechtliche Geschäfte allein der Beistand zuständig ist³. Der Beistand braucht aber, um über einzelne Erbschaftsgegenstände zu verfügen, mit Ausnahme von Familiensachen mit ausschliesslichem Erinnerungswert, um die Zustimmung des Verbeiständeten nicht nachzusuchen. Diese Behauptung findet ihre Stütze und ihren Beweis in der Einsetzung der Beistandschaft. Diese wurde ja angeordnet, weil die betreffende Person ihre Interessen nicht selber genügend wahren konnte. Es wäre paradox, wenn sie gerade für Geschäfte, für die sie selbst ungeeignet ist, ihre Zustimmung erteilen sollte. Dies schliesst natürlich nicht aus, dass der Beistand sich nach den Ansichten des Vertretenen, sofern dies praktisch möglich ist, erkundigen soll und wenn möglich seine Wünsche, sofern sie in seinem Interesse liegen, verwirklicht. Dieses Vorgehen bestimmt auch ausdrücklich Art. 409 ZGB, aber mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass die Zustimmung des Bevormundeten den Vormund von seiner Verantwortung nicht befreie^{4 5}.

2. Der Beirat

Die Beiratschaft gemäss Art. 395 ZGB, in ihren Wirkungen viel einschneidender für den Betroffenen als die Beistandschaft, beschränkt die Handlungsfähigkeit desselben für gewisse, im Gesetz vorgesehene, Fälle. All die bei der Beistandschaft angeführten Argumente treffen natürlich umso stärker auch für die Beiratschaft zu. Der Beirat vertritt deshalb den Verbeirateten in allen erbrechtlichen Angelegenheiten⁶.

3. Der Vormund

Gemäss Art. 367 hat der Vormund „die gesamten persönlichen und vermögensrechtlichen Interessen des Unmündigen oder Entmündigten zu wahren und ist dessen Vertreter“. Er nimmt gestützt auf diese Norm am gesamten Erbteilungsverfahren teil.

B. Die Stellung der vormundschaftlichen Organe im Teilungsverfahren

Untersuchen wir die Kompetenzen des vormundschaftlichen Vertreters im Teilungsverfahren, so stellen wir fest, dass er erstens den Verbeiständeten

3) Würden sich die Erben trotzdem in Teilungsgeschäfte mit dem Verbeiständeten einlassen, dann würde ein solches Rechtsgeschäft als nichtig erklärt, denn die Erben hätten ja bösgläubig gehandelt.

4) Art. 409 Abs. 2.

5) Doch können in diesem Fall wohl einmal Fragen auftauchen, bei welchen der Vertretene, z. B. bei einer Beistandschaft für einen abwesenden Erben, in der Lage ist, seine Zustimmung zu erteilen, so dass der Beistand gestützt auf jene Ermächtigung tätig werden darf.

6) Betr. die Beiratschaft vgl. die Dissertation von Karl Senn.

ten, Verbeirateten oder Bevormundeten vertritt, zweitens, dass er zu Teilungsverhandlungen kompetent ist⁷.

I. Die Vertretungskompetenz

Der Vormund, Beistand oder Beirat ist an Stelle des Vertretenen Mitglied der Erbengemeinschaft. Ist irgend eine Handlung vorzunehmen, die infolge des Prinzips der Gesamthand nur mit Zustimmung aller Erben vorgenommen werden kann, so ist die Zustimmung des vormundschaftlichen Vertreters erforderlich. Gegenüber den andern Erben besitzt er nicht mehr Rechte, er übt einfach die Kompetenzen aus, welche ohne Vorhandensein eines Beistandsgrundes dem Vertretenen zugefallen wären.

II. Die Teilungskompetenzen

Sobald wir uns mit dieser Frage beschäftigen, müssen wir beachten, dass der Vormund nicht irgend ein Vermögen in seinem Bestande bewahren muss, sondern Rechte des Vertretenen an einer Gesamthandschaft in dessen individuelles Vermögen transferieren muss.

Um diese Aufgabe richtig und zweckmässig zu erfüllen, ist der Vertreter kompetent, mit den übrigen Erben zusammen Teilungshandlungen vorzunehmen und einen provisorischen Teilungsvertrag abzuschliessen. Diese Schlussfolgerung drängt sich ohne weiteres auf, wenn wir Art. 421 Ziff. 9 ZGB betrachten. Aus dem Vormundschaftsrecht ergibt sich nur eine einzige Einschränkung, nämlich die Teilung von Grundstücken⁸. Alle übrigen Artikel des Vormundschaftsrechtes lassen sich mit den Normen des Erbteilungsrechtes vereinbaren. Da bei der Teilung von Grundstücken in Theorie und Praxis sehr umstritten ist, ob Erb- oder Vormundschaftsrecht anzuwenden sei, widmen wir diesem Problem einen eigenen Paragraphen⁹.

Der Erbteilungsvertrag erhält somit erst definitive Rechtskraft, wenn die Vormundschaftsbehörde den Teilungsentwurf genehmigt.

III. Das Verhältnis zu Art. 607 Abs. 2

Wird der Grundsatz der freien Erbteilung durch die vormundschaftliche Mitwirkung beseitigt? Der Vormund besitzt nicht mehr Rechte als die übrigen Erben. Er kann den andern Erben nicht irgend einen ihm beliebigen Teilungsplan aufoktroieren. Hingegen müssen die Erben die Mitwirkung der Behörde gestatten. Eine gütliche Vereinbarung kann aber auch mit dem vormundschaftlichen Vertreter abgeschlossen werden, die freilich noch der Genehmigung der Vormundschaftsbehörde bedarf, um rechtskräftig zu werden.

7) Sind überlebender Elternteil und unmündige Kinder Erben, so hat auch ein Beistand mitzuwirken (vgl. Art. 282).

8) Art. 404 ZGB.

9) S. § 8.

Der Grundsatz der freien Erbteilung erleidet durch die Normen des Vormundschaftsrechtes nur die Einschränkung, dass die Erben irgend von der Behörde ernannten Vertreter als Verhandlungspartner akzeptieren müssen und dass eine mit jenem Dritten abgeschlossene gütliche Vereinbarung noch der Genehmigung durch die Vormundschaftsbehörde bedarf.

§ 8 KANN BEI EINER ERBTEILUNG ART. 404 ZGB BERÜCKSICHTIGT WERDEN?

A. Allgemeines

Art. 612 ZGB regelt die Zuweisung und den Verkauf einzelner Sachen, die durch Teilung wesentlich an ihrem Werte verlieren würden oder überhaupt nicht geteilt werden können, wie z. B. ein Gebäude. Unter einer einzelner Sache ist auch ein Grundstück zu verstehen¹. Können sich die Erben über die Zuweisung einer unteilbaren Sache nicht verständigen, so ist die Sache zu verkaufen². Verlangt aber ein Erbe die Versteigerung, so entscheidet die Behörde, ob die Versteigerung nur unter den Erben oder öffentlich stattzufinden hat³. Dieser erbrechtlichen Lösung steht aber Art. 404 ZGB entgegen, bestimmt doch jene Norm, dass ein Grundstück eines Bevormundeten nur durch öffentliche Versteigerung veräußert werden dürfe⁴. Nur ausnahmsweise darf mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde ein Verkauf aus freier Hand stattfinden⁵.

B. Beurteilung nach Vormundschaftsrecht

I. Anteil an einer Gesamthandschaft

Betrachtet man diese Streitfrage nur vom Standpunkt des Art. 404 aus, so konstatiert man, dass unter diese Norm nicht nur Grundstücke fallen, welche im Alleineigentum des Vertretenen stehen, sondern auch Grundstücke einer Gesamthandschaft, bei welcher der Vertreter beteiligt ist. Diese Schlussfolgerung ist logisch durchaus richtig, denn es wäre nicht einzusehen, weshalb Vermögenswerte des Mündels, die vielleicht den grössten Teil seines Vermögens ausmachen, weniger geschützt wären als die Vermögenswerte, welche sich in seinem Alleineigentum befinden. Es sei nur an die

1) Tuor, Komm. N. 7 zu Art. 612.

2) Art. 612 Abs. 2.

3) Art. 612 Abs. 3.

4) Art. 404 Abs. 2.

5) Art. 404 Abs. 3.

fortgesetzte Erbengemeinschaft erinnert, welche vielleicht einzig darum besteht, um das Mündigkeitsalter des Kindes abzuwarten, damit dieses später das Geschäft seines Vaters samt den zugehörigen Liegenschaften übernehme. Würden solche Grundstücke ohne Genehmigung der Vormundschaftsbehörde veräussert⁶, so könnte hier eine zukünftige Existenz des Vertretenen vernichtet werden. Es hat somit seinen guten Grund, wenn das BGer erklärt⁷, dass auch Grundstücke einer Gesamthandschaft unter Art. 404 fallen.

II. Unterscheidung zwischen Verkauf an einen Dritten und Zuweisung an einen Erben

Sind solche Überlegungen auch bei einer effektiven Erbteilung gerechtfertigt? Rein juristisch muss zwischen einer Zuweisung an einen Erben mit Anrechnung auf seinen Erbteil und dem Verkauf an einen Dritten unterschieden werden. Einen eigentlichen Verkauf stellt nur die Übergabe an einen Dritten dar. Der Erbe war ja schon vorher Eigentümer zur gesamten Hand. Nun kann sich aber ein Eigentümer eine Sache nicht selbst verkaufen. Die grammatikalische Interpretation des Art. 404 würde in diesem Fall zur Ausschlussung des genannten Artikels führen. Allein eine solche Interpretation wird dem Sinn und Zweck des Art. 404 nicht gerecht. Für den Mündel ist nicht wichtig, wer das Grundstück erhält, sondern dass seine Rechte an diesem Grundstück untergehen⁸. Dies führt dazu, Art. 404 auch bei einer Zuweisung an einen Erben anzuwenden⁹.

III. Art. 404 Abs. 1 ist nicht anwendbar

Festzuhalten ist, dass entgegen Art. 404 Abs. 1 die Vormundschaftsbehörde den Verkauf eines Grundstückes bei einer Erbteilung nicht verhindern kann. Nicht nur Art. 612 Abs. 2, der jedem Erben das Recht gibt, die Veräusserung zu verlangen, sondern auch das Wesen der Erbteilung selbst gebietet ein solches Vorgehen. Will man eine Hinterlassenschaft auflösen, so müssen notwendigerweise alle Vermögenswerte, seien sie nun mobil oder immobil, geteilt werden. Einem Veräusserungsbegehren steht deshalb die Vormundschaftsbehörde machtlos gegenüber¹⁰. Hingegen bestimmt sie die Verkaufsart¹¹, selbst dann, wenn der Anteil des vertretenen Erben sehr klein ist.

6) Es muss sich hier nicht einmal um eine effektive Teilung handeln, denn auch mit Barmitteln und Wertschriften kann eine Erbengemeinschaft fortgesetzt werden.

7) BGE 63 I 108; BGE 74 II 78.

8) Vgl. die Ansichtsaussprechung des Gemeindedepartements von Luzern in ZVW Bd. 6 S. 147.

9) Ebenso Egger, Komm. N. 3 zu Art. 404 ZGB.

10) BGE 74 II 78 E. 2.

11) Egger, Komm. N. 2 zu Art. 404; BGE 63 I 108.

IV. Der Freihandverkauf

Dass eine solche Regelung zu Unzukömmlichkeiten führt, ist klar, doch bietet ja Art. 404 Abs. 3 eine Ausweichmöglichkeit, da die Aufsichtsbehörde¹² ausnahmsweise den Verkauf aus freier Hand gestatten darf. Nun legt aber das BGer in seinem Entscheid¹³ zurecht das Wort „ausnahmsweise“ sehr eng aus. Denn einzig eine restriktive Auslegung verhindert, dass die Ausnahme zur Regel wird. Dass nicht einmal beim Vorliegen einer Schätzung durch Experten das Grundstück zum geschätzten Preis freihändig verkauft werden darf, zeigt ungefähr, was das BGer unter dem Wort „ausnahmsweise“ versteht. Man kann eine solche Praxis als zu streng, als kleinlich taxieren, doch betrachtet man die large Praxis von Zürich und Basel¹⁴, so versteht man die Haltung des BGer. Denn entweder ist eine Gesetzesbestimmung da, um angewendet zu werden, oder wenn sie ihre Berechtigung verloren hat, was hier wahrscheinlich zutrifft, so soll sie der Gesetzgeber aufheben.

V. Schlussfolgerungen

Gemäss Art. 404 müsste somit meistens eine öffentliche Versteigerung stattfinden¹⁵. Ein solches Resultat ist u. E. einzig durch die einseitige und kurzsichtige Argumentation aus Art. 404 ZGB entstanden. Betrachten wir jedoch diese Streitfrage im Zusammenhang mit dem Erbrecht, so kommen wir sicher zu einer befriedigenden und juristisch durchaus haltbaren Lösung.

C. Beurteilung nach Erbrecht

Fest steht, dass trotz Art. 404 Abs. 1 auf Grund des Erbrechtes und insbesondere auf Grund des Art. 612 ZGB das Grundstück veräussert werden darf¹⁶. Einigen sich die Erben nicht über die Art des Verkaufes, so hat auf Verlangen eines Erben die Behörde zu entscheiden¹⁷. Verlangt der Vertreter

12) Es handelt sich um die Aufsichtsbehörde 1. Instanz; s. Egger, Komm. N. 8 zu Art. 404.

13) BGE 74 II 78/79.

14) Vgl. den Aufsatz von Spitzer in ZVW Bd. 5 S. 109 ff., wo ausgeführt wird, dass der Freihandverkauf, und zwar nicht nur bei Erbteilungen, fast ausnahmslos zur Regel geworden sei. „Sehr oft wird der Antrag auf Bewilligung des Freihandverkaufs überhaupt nicht mehr besonders begründet oder dann nur kurz mit dem Hinweis darauf, dass er die Interessen des Mündels besser wahre“.

15) Wie Spitzer richtig ausführt (vgl. ZVW Bd. 5 S. 110 und 111), kommt bei subventionierten Häusern eine Versteigerung nicht in Frage, wenn der freihändige Verkauf die Verkaufslimite erreicht (Land- + Bauwert + Verwaltungs- + Verkaufskosten — Subvention).

16) S. unsere Ausführungen S. 34.

17) Art. 612 Abs. 3.

bei der Vormundschaftsbehörde die Anwendung von Art. 404 Abs. 3, d. h. des Freihandverkaufes, so kann den übrigen Erben nicht verwehrt werden, bei der nach Art. 612 Abs. 3 zuständigen Behörde die Versteigerung zu verlangen. Entscheidet sich diese für die öffentliche Versteigerung, dann wird der Entscheid der Vormundschaftsbehörde hinfällig, denn dadurch werden ja die Interessen des Vertretenen hinreichend gewahrt¹⁸. Entscheidet sich die Vormundschaftsbehörde für die öffentliche Versteigerung, die zuständige Behörde des Art. 612 Abs. 3 dagegen zugunsten einer Versteigerung unter den Erben, so stehen wir wieder vor derselben Frage, d. h. ob nun Erb- oder Vormundschaftsrecht zur Anwendung gelange.

I. Ausschiessung von Art. 404

U. E. gelangt das Erbrecht zur Anwendung. Der Vertretene tritt ja gegenüber den übrigen Erben durch die Person seines Vertreters als gleichberechtigt auf. Ohne seine Zustimmung kann des Gesamthandprinzipes wegen gar keine Verfügung vorgenommen werden. Er ist deshalb in der Lage, seinem Schützling einen vollkommenen, umfassenden Schutz zu gewährleisten. Zudem wird die Behörde bestrebt sein, einen erfahrenen und vertrauenswürdigen Mann mit der Vertretung zu betrauen. Auch wird der Vertreter seine Pflichten ernst und gewissenhaft erfüllen, ist er doch der Vormundschaftsbehörde gegenüber verantwortlich und auch haftbar für absichtlich oder fahrlässig verschuldeten Schaden¹⁹. Einen weiteren Schutz für den Vertretenen bedeutet das Erfordernis der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde zum Teilungsvertrag gemäss Art. 421 Ziff. 9²⁰. Ist diese Behörde mit irgend einer Verfügung, z. B. mit dem Verkaufspreis eines Grundstückes, nicht einverstanden, so liegt es ja in ihrem Ermessen, den Teilungsplan zurückzuweisen. Die Erben sind dann gezwungen, erneut über den Teilungsplan zu beraten. Es werden wohl alle übrigen Erben darnach trachten, einen möglichst hohen Verkaufspreis zu erzielen, was indirekt auch wieder als Schutz des Vertretenen zu werten ist. Wir sind uns zwar bewusst, dass alle diese Tatsachen zur Ausschaltung des Art. 404 noch nicht genügen. Untersucht man jedoch die Rechtslage, welche sich ergibt, wenn einem Erben ein Grundstück auf Anrechnung an seinen Erbteil zugewiesen wird, so gelangt man zur Ausschaltung des Art. 404 ZGB.

1. Art. 404 verstösst gegen Teilungsgrundsätze

Natürlich kann man auch in diesem Falle die gegenteilige Ansicht vertreten und folgende Argumentation anbringen: Werde einem Erben ein

18) In Kantonen, in welchen die zuständige Behörde des Art. 612 mit der Vormundschaftsbehörde identisch ist, kommt natürlich ein solcher Dualismus nicht vor.

19) S. Art. 426 ff. ZGB.

20) Dasselbe gilt auch für den Beistand gemäss Art. 282 ZGB.

Grundstück zugewiesen, so solle er die übrigen Teilhaber angemessen entschädigen. Die Entschädigung solle dem wahren Verkehrswert entsprechen. Durch eine öffentliche Versteigerung sei ja jenem Erben die Möglichkeit gegeben, das Grundstück an der Versteigerung zu erwerben, und damit sei erstens den übrigen Erben ein angemessener Preis garantiert, und zweitens seien alle zweifelhaften Abmachungen, welche sich oft bei Erbteilungen ereignen, ausgeschaltet. Eine solche Argumentation ist u. E. vollkommen falsch. Denn wer garantiert, dass der genannte Erbe an einer öffentlichen Versteigerung das Grundstück erwirbt? Irgend ein Dritter kann einen Liebhaberpreis dafür bieten, der nun vom Erben nicht mehr überboten werden kann. Tatsache ist, dass durch eine solche Praxis wichtige Grundsätze des Teilungsrechtes nicht zur Anwendung gelangen, nämlich der Grundsatz der freien Vereinbarung²¹ und der Grundsatz der Naturalteilung²². Die öffentliche Versteigerung würde demnach in manchen Fällen fast einer amtlichen Liquidation gleichkommen²³.

Zu welch unhaltbaren Zuständen eine öffentliche Versteigerung führt, sei an folgendem Beispiel gezeigt: Ein Erblasser hinterlässt als einzige Erben seine Ehefrau, einen mündigen und einen unmündigen Sohn. In seinem Nachlass befinden sich zwei Wohnhäuser, von denen der mündige Sohn mit seiner Familie eines seit Jahren bewohnt. Der unmündige Sohn wird durch einen Beistand an der Erbteilung vertreten. Die Erben und der Beistand sind sich nun einig, das zweite Haus dem mündigen Sohn für einen bestimmten Betrag auf Anrechnung an seinen Erbeil zuzuweisen. An einer öffentlichen Versteigerung könnte vielleicht, da an jenem Orte noch Wohnungsmangel herrscht, ein etwas höherer Verkaufspreis erzielt werden. Soll nun bei einer solchen Sachlage eine öffentliche Versteigerung stattfinden und sollen vielleicht um einen nur wenig höheren Betrag der Bruder und seine Familie gezwungen werden, das Haus zu verlassen? Die Interessen des Mündels einzig nach seinen materiellen Zielen zu vertreten, ist falsch. Trotz seiner Unmündigkeit hat auch er moralische Verpflichtungen gegenüber seinem Bruder. Auch ein Verlust von einigen hundert Franken kann ihn von seinen Bruderpflichten nicht entbinden. Der Beistand muss die Interessen des Verbeiständeten in einem solchen Fall nach allen Seiten wahren, finanzielle und sittliche Pflichten fallen hier gleich stark ins Gewicht.

2. Freihandverkauf ist mit erbrechtlicher Lösung identisch

Es wird uns vielleicht entgegengehalten, dass bei einer solchen Situation unwillkürlich Art. 404 Abs. 3 Platz greife. Dies wird auch sicher zutreffen. Nun müssen aber die Befürworter einer Anwendung von Art. 404 wohl

21) Art. 607 Abs. 2 ZGB.

22) Art. 610 Abs. 1 ZGB.

23) Bei der amtlichen Liquidation gilt das Versilberungsprinzip. Vgl. Art. 596 ZGB.

bestätigen, dass der grösste Teil aller Erbschaften unter Verwandten oder sonst nahe verbundenen Personen stattfindet. Verwandtschaftliche Verpflichtungen werden bei einer Zuteilung immer wieder berücksichtigt werden müssen. Bei allen diesen Fällen wird nun die Vormundschaftsbehörde den Freihandverkauf, d. h. die Zuweisung an einen Erben bewilligen. Ist sie mit dessen Anrechnungswert nicht einverstanden, so wird sie den Vormund oder Beistand anweisen, einen höheren Anrechnungswert zu verlangen, oder wenn der betreffende Erbe nicht einwilligt, beauftragt sie den Vormund, die Sache zu diesem Preis einem andern Erben zuzuweisen. Dies ist aber gerade die Lösung von Art. 612 ZGB in Verbindung mit Art. 421 Ziff. 9 und Art. 282 ZGB.

D. Schlussfolgerungen

Und warum schaltet man Art. 404 ZGB aus? U. E. einfach deshalb, weil er nicht notwendig ist und zudem noch gegen die Teilungsgrundsätze des Erbrechtes verstösst. Denn im Gegensatz zu einer gewöhnlichen Vermögensverwaltung ist der Mündel genügend geschützt, weil ja zur Verbindlichkeit des Teilungsvertrages die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde erforderlich ist. Indirekt wird also auch über den Grundstücksverkauf entschieden und damit das Mündelinteresse geschützt, was bei einer gewöhnlichen Vormundschaft fehlt. Ist doch zu beachten, dass die Normen betreffend die Führung einer Vormundschaft stets die Verwaltung und Sicherung eines Mündelvermögens bezwecken und dafür Art. 404 vielleicht gerechtfertigt erscheint. Wird aber dieselbe Wirkung durch ebenbürtige Mittel erreicht, so dürfen wir sicher die Ausschaltung von Art. 404 ZGB befürworten, passt unsere Lösung doch viel besser in das System des Erbrechtes und auch des ganzen Zivilgesetzbuches hinein.

Dass Art. 404 nicht absolute Geltung beanspruchen kann, ist noch daraus ersichtlich, dass diese Norm, wie ein Befürworter einer Anwendung von Art. 404 erklärt, bei der Einsetzung eines Willensvollstreckers nicht zur Anwendung gelangt²⁴.

24) S. Egger, Komm. N. 3 zu Art. 404.

IV. Kapitel

DIE EINSCHRÄNKUNG DER FREIEN ERB- TEILUNG IM INTERESSE DRITTER

§ 9 ALLGEMEINES

Nicht nur bestimmte Erbenkategorien geniessen bei einer Erbteilung behördlichen Schutz, sondern auch ein bestimmt umschriebener Kreis von Drittpersonen. Es handelt sich um solche, deren vermögensrechtlicher Anspruch dadurch gefährdet wird, dass sie nicht direkt Erbenqualität besitzen.

Wer solch schutzwürdige Interessen geltend machen und auf welche Weise ein solcher Schutz vermittelt werden darf, ist eine gesetzspolitische Frage, die der Gesetzgeber in Art. 609 Abs. 1 regelte.

In unseren nachstehenden Ausführungen behandeln wir ausschliesslich Fragen des Erbteilungsrechtes.

Wie oder vielmehr weshalb Drittpersonen an einem Auseinandersetzungsverfahren interessiert sein können, ist leicht zu beantworten. Sie haben irgend einer Person im Hinblick auf ihre Anwartschaften Kredit gewährt; einem Erben wird, weil er sonst kein anderes Vermögen besitzt, sein Erbanteil gepfändet; es existieren gegen einen Erben Verlustscheine; der Erbe verkauft seinen Erbanteil einem Dritten. Verteilen die Erben allein die Hinterlassenschaft, so besteht leicht die Gefahr, dass der Erbe, welcher später ohnehin seinen Anteil den Gläubigern opfern muss, seine Interessen zu wenig wahrt oder dass er mit den übrigen Erben für die Gläubiger nachteilige Abmachungen trifft. Um dies zu verhindern, gibt Art. 609 Abs. 1 dem Dritten die Möglichkeit, den betreffenden Erben vom Auseinandersetzungsverfahren auszuschliessen.

§ 10 DIE BEHÖRDLICHE MITWIRKUNG GEMÄSS ART. 609 ABS. 1

Art. 609 Abs. 1 stellt schon in seiner Marginale fest, dass der Gläubiger nicht persönlich am Erbteilungsverfahren teilnehmen darf. An seiner Stelle nimmt gemäss seinem Antrag die zuständige Behörde teil.

A. Gründe die eine Mitwirkung der Behörde erlauben

Berechtigt zur Antragstellung sind:

Erstens Gläubiger, die Verlustscheine gegen einen Erben besitzen. Ob der Verlustschein vor oder nach Eröffnung des Erbanges oder aus Betreibung oder Konkurs ausgestellt wurde, ist gleichgültig¹.

1) Art. 609 Abs. 1; Tuor, Komm. N. 4 zu Art. 609.

Zweitens Gläubiger, die den Erbanteil eines Erben gepfändet haben, d. h. wenn Dritte das Pfändungsbegehren gemäss SchKG Art. 89 ff. stellen². Dass, wie Tuor ausführt³, die Pfändung vor der Beendigung der Teilung zu erfolgen hat, ist selbstverständlich.

Drittens die Erwerber eines Erbanteiles⁴.

B. Die Befugnis der Behörde

I. Die höchstpersönlichen Rechte

Wie aus dem Gesetzestext klar zu ersehen ist, nimmt die Behörde an Stelle des Erben an der Erbteilung teil. Daraus kann aber nicht, wie Tuor glaubt⁵, ohne weiteres angenommen werden, dass auf die Behörde alle Rechte und Pflichten des Erben übergehen. Denn der Zweck der amtlichen Mitwirkung erschöpft sich darin, den Gläubigern des Erben dessen Erbanteil zu sichern⁶. Diese Aufgabe vermag aber die Behörde zu wahren, ohne dass sie höchstpersönliche Rechte des Erben tangiert. Diese Rechte verkörpern oft auch materielle Werte, so z. B. wenn der Erbe aus Pietätsgründen den Verfügungen des Erblassers, welche vor dem Gesetz leicht zu Fall gebracht werden könnten, nicht anfigt. Wie das BGer ausführt⁷, darf nicht auf Umwegen Art. 524 ZGB dadurch ausgeschaltet werden, dass die Behörde Ausgleichungen fordert, auf welche der Erbe aus moralischer Verantwortlichkeit gegenüber dem Erblasser verzichtete. Darum kann man die Ansicht Tuors nicht akzeptieren, welche die Rechte und Pflichten des vertretenen Erben auf die Behörde in globo überträgt.

II. Darf die Behörde die Teilungsklage erheben?

Eine sehr umstrittene Frage ist, ob die Behörde gemäss Art. 609 Abs. 1 die Teilungsklage erheben darf oder ob sie zuerst den Teilungsbeschluss der Erben abwarten muss. Um dieses Problem richtig zu würdigen, müssen wir es anhand jedes einzelnen Mitwirkungsfalles erwägen.

1. Der Gläubiger besitzt gegenüber einem Erben Verlustscheine

Gemäss Art. 104 SchKG kann ein Anteil an einer unverteilter Erbschaft gepfändet und verwertet werden. Die Pfändung wie auch die Verwertung⁸

2) Die Pfändung findet gemäss der VO des BGer über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen v. 17. 1. 1923 statt.

3) Tuor, Komm. N. 8 zu Art. 609.

4) Gemäss Art. 635 ZGB kann ein Erbe seinen Anteil einem Dritten veräussern, ohne dass aber der Erwerber das Recht auf Mitwirkung bei der Erbteilung zusteht.

5) Tuor, Komm. N. 11 zu Art. 609.

6) Tuor, Komm. N. 5 zu Art. 609.

7) BGE 68 II 75.

8) Art. 132 SchKG spricht von einer ausserordentlichen Verwertung.

richtet sich nach der VO des BGer über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen v. 17. Januar 1923. In Art. 12 der genannten VO ist nun vorgesehen, dass „das Betreibungsamt die Vornahme der Teilung unter Mitwirkung der nach Art. 609 ZGB zuständigen Behörde zu verlangen hat“. Der Sinn dieses Artikels ist, dass

erstens bei der Erbschaftsteilung nicht das Betreibungsamt, sondern die von den Kantonen auf Grund von Art. 609 Abs. 1 vorgesehene Behörde mitwirkt⁹,

zweitens, dass das Betreibungsamt von der genannten Behörde die Teilung verlangen darf, was nichts anderes bedeutet, als dass die Behörde auch gegen den einstimmigen Beschluss der übrigen Erben die Teilungsklage erheben kann.

9) Gemäss der kant. EG z. ZGB sind dies für die einzelnen Kantone folgende Amtsstellen:

Aargau: Bezirksgericht, § 72

Appenzell-AR: Erbteilungskommission, Art. 83.

Appenzell-IR: Ein von der Standeskommission bezeichnetes Mitglied, der Hauptmann des Wohnbezirkes des Erblassers und ein von der Standeskommission zu wählender Aktuar, Art. 71

Basel-Land: Bezirksschreiberei, § 69 Abs. 1

Basel-Stadt: Erbschaftsamt, § 151 Abs. 1

Bern: Regierungsstatthalter, RRB1 v. 3. 12. 1937

Freiburg: Friedensrichter, Art. 195

Genf: Der Gerichtspräsident der 1. Instanz, Art. 55

Glarus: Waisenamt, § 9 Ziff. 6, § 119 Abs. 1

Graubünden: Kreispräsident, Art. 2 Ziff. 14

Luzern: Teilungsbehörde, bestehend aus dem Gemeindepräsidenten und dem Gemeindeschreiber, § 10

Neuenburg: Bezirksgerichtspräsident, Art. 59

Nidwalden: Betreibungsamt, § 16, § 68 Abs. 1

Obwalden: Einwohnergemeinderat, Art. 93

St. Gallen: Bezirksammann, Art. 119 Abs. 1, Art. 30

Schaffhausen: Waisenbehörde, Art. 14 Ziff. 15

Schwyz: Waisenamt, § 137

Solothurn: Amsschreiber, § 236

Thurgau: Teilungsbehörde, bestehend aus dem Gemeindeammann und dem Notar, § 83 EG z. ZGB und § 3 lit. d der VVO z. Notariatsgesetz

Tessin: Teilungsbehörde, Art. 96 Abs. 2 (L'ufficiale delle essecuzioni)

Uri: Gemeinderat, § 73

Wallis: Le juge de commune, Art. 2 Ziff. 3, Art. 163

Waadt: Gerichtspräsident, Art. 4 Ziff. 28 lit. d

Zug: Erbteilungskommission, bestehend aus 2 Mitgliedern des Einwohnergemeinderates und dem Einwohnerschreiber, § 70 Abs. 1 und § 80 Ziff. 3

Zürich: Einzelrichter für nichtstreitige Rechtssachen, ZPO § 438 Ziff. 9

Diese Behörden sind kompetent, bei der Erbteilung mitzuwirken oder einen Vertreter zu bestimmen.

2. Der Gläubiger hat den Anteil eines Erben gepfändet

a) Die Auffassung der Lehre

Bei der Lösung dieses Problems herrscht in der Theorie, nicht aber in der Praxis Uneinigkeit. Trott wie Canova¹⁰ billigen wohl die Lösung von Ziff. 1. Aber beim pfändenden Gläubiger gelangen sie zu ganz anderen Ansichten. Sie gestatten diesem nicht, die Teilungsklage zu erheben oder die Versteigerung des Erbanteils zu verlangen. Als Beweis dient ihnen Art. 635 Abs. 2 ZGB. Denn wenn nicht einmal der Erwerber eines Erbanteiles die Teilung erzwingen könne, so sei das beim pfändenden Gläubiger noch viel weniger möglich. Jäger hingegen lässt die VO des BGer v. 17. Januar 1923 ganz zur Anwendung gelangen, d. h. der Erbanteil wird entweder versteigert oder es erfolgt die Auflösung der Erbengemeinschaft¹¹.

b) Ratio legis

Die Argumentation von Trott und Canova geht u. E. von einem falschen Ausgangspunkt aus. Obwohl zwar Trott¹² richtig bemerkt, dass es sich in Art. 609 Abs. 1 nicht um die vertragliche, sondern um die schuldbetreibungsrechtliche Pfändung handle, argumentiert er nachher trotzdem zivilrechtlich. Dadurch wird der Sinn der Pfändung verfälscht.

Die vertragliche Pfändung bezweckt, eine Forderung zu garantieren, während die schuldbetreibungsrechtliche die Sicherstellung von Vermögenswerten vor Veräusserung verfolgt, um sie nachher bestmöglichst zu verwerten. Die Pfändung ist demnach einzig das Vorstadium der Verwertung. Die VO des BGer über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen gelangt deshalb zur vollen Anwendung.

aa) Die Regelung im SchKG

Gemäss Art. 9 der genannten VO versucht zuerst das Betreibungsamt eine gütliche Einigung zu erzielen, indem den übrigen Gemeinschaftern Gelegenheit geboten wird, die Gläubiger mit dem Treffnis des schuldnerischen Erben abzufinden. Gelingt keine Einigung, so verfügt die Aufsichtsbehörde gemäss Art. 10 Abs. 2 der genannten VO die Auflösung der Gemeinschaft oder die Versteigerung des Erbanteils. Die Behörde soll aber die Wünsche des vertretenden Erben berücksichtigen¹³ und die Versteigerung nur dann vornehmen, wenn der Erbanteil in seiner Höhe zu schätzen und ein möglichst hoher Erlös zu erwarten ist¹⁴.

10) Trott in ZSR NF 32 S. 400; Canova, S. 44/45.

11) Jäger Bd. I S. 432/33; Jäger/Daeniker, S. 258.

12) Anmerkung s. Anm. 10.

13) Art. 10 Abs. 2 der VO.

14) Art. 10 Abs. 3 der VO; BlZR Bd. 35 S. 19; Bl.f.SchKG 1948, Heft 3 S. 84 Nr. 29.

bb) Die Regelung nach Art. 609 Abs. 1

Zu beachten ist, dass die Art der Verwertung dem Ermessen der Aufsichtsbehörde anheim gestellt ist¹⁵. An der Erbteilung vertritt gemäss der zivilrechtlichen Regelung nicht das Betreibungsamt den Erben, sondern die nach Art. 609 Abs. 1 zuständige Behörde. Erachtet der behördliche Vertreter eine Versteigerung als nicht ratsam, so teilt er seinen Entschluss der Aufsichtsbehörde mit, damit jene die Teilungsklage erheben kann.

Die Verfechter einer dem SchKG widersprechenden Lösung führen aus, ein Erbteil könne erst dann gepfändet werden, wenn er wirklich bestehe, d. h. realisierbar sei. Würde man aber mit der behördlichen Mitwirkung zuwarten, bis der Erbanteil verwirklicht ist, dann müsste man die Realteilung oder die Unterzeichnung eines schriftlichen Erbteilungsvertrages abwarten¹⁶. Eine solche Lösung verstösst nicht nur gegen das SchKG, sondern auch gegen diejenige des ZGB, würde doch dadurch die Mitwirkung der Behörde illusorisch.

Unsere Lösung, die mit derjenigen von Jäger identisch ist, wird auch von der Praxis gebilligt¹⁷.

3. Bei Veräusserung eines Erbanteils an einen Dritten

Ein ganz anderes Bild ergibt sich, wenn der Erwerber eines Erbanteils die Mitwirkung der Behörde begehrt. Kann er wie in den zwei vorangehenden Fällen die Auflösung der Erbgemeinschaft verlangen?

Bei der Erörterung dieses Problems ist vor allem von Art. 635 Abs. 2 ZGB auszugehen. Dieser Artikel räumt dem Erwerber eines Erbanteiles keinen Anspruch auf Mitwirkung bei der Teilung ein. Art. 609 Abs. 1 hingegen gibt ihm ein Recht, die behördliche Mitwirkung zu verlangen. U. E. ist die Ansicht, welche Lehre und Rechtsprechung vertreten, richtig¹⁸. Der Erwerber hat nur einen Anspruch auf den Erbanteil. Seine Forderung geht dahin, dass ihm der Veräusserer seinen Anteil aushändigt. Um den Erwerber vor einer Benachteiligung zu schützen, gibt ihm Art. 609 Abs. 1 die Möglichkeit, bei der Behörde zu intervenieren, damit sie im Erbteilungsverfahren an Stelle des Erben teilnimmt. Erwirken kann er aber eine Teilung nicht, er muss warten, bis sich die übrigen Erben dazu bequemen.

Ist ein solches Ergebnis nicht ungerecht? U. E. nicht, denn erstens sind die schutzwürdigen Interessen dieses Dritten viel kleiner als diejenigen des pfändenden oder verlustscheinbesitzenden Gläubigers. Er erwirbt gewiss

15) Vgl. den Entscheid der Aufsichtsbehörde f. SchKG v. St. Gallen in Bl.f. SchKG 1948, Heft 3 S. 84 Nr. 29.

16) Realisierbar ist ein Erbanteil nur dann, wenn er vom Gemeinschaftsvermögen losgelöst ist.

17) BIZR Bd. 35 Nr. 19; Bd. 38 Nr. 98; Bd. 44 Nr. 188; Bl.f.SchKG 1948 Heft 2 Nr. 18; Heft 3 Nr. 29.

18) Tuor, Komm. N. 24 zu Art. 635; Escher, N. 19 zu Art. 635; Canova S. 44/45; Trott in ZSR NF 32 S. 400; Weiss, Nr. 4311 4315; BGE 63 II 231 ff.

nur dann von einem Erben seinen Erbanteil, wenn er der Person des Veräusserers traut. Zweitens stehen ihm andere Mittel zur Verfügung, um die Erbteilung zu erzwingen. Es kann im Abtretungsvertrag vereinbart werden, dass der Verkäufer bis zu einem bestimmten Zeitpunkt die Teilungsklage anzubegehren hat. Kommt der Veräusserer seiner Verpflichtung nicht nach, so wird er schadenersatzpflichtig¹⁹.

Die behördliche Mitwirkung fällt dahin, wenn der Veräusserer den Erwerber zu seinem Bevollmächtigten ernennt, d. h. ihn als seinen Vertreter zu den Erbteilungsverhandlungen delegiert²⁰. Die Teilungsklage zu erheben, steht aber dennoch nur dem Erben zu.

III. Die Befugnisse der Behörde im eigentlichen Teilungsverfahren

1. Die Behörde wirkt am Erbteilungsverfahren mit

Die höchstpersönlichen Rechte²¹ bleiben indessen dem Erben gewahrt. Der Behörde kommen nur diejenigen Rechte zu, welche auch dem betreffenden Erben zustanden²². Sie ist demnach nicht ermächtigt:

Erstens Anspruch auf die Leitung des Teilungsverfahrens zu erheben^{23 24}. Zweitens von den Erben die Herausgabe von Nachlassgegenständen zu verlangen^{25 26}. Die Teilungsregeln gelangen deshalb vollständig zur Anwendung. Eine gütliche Einigung gemäss Art. 607 Abs. 2 darf auch mit der Behörde eingegangen werden, sofern der betreffende Teilungsplan die Interessen der Gläubiger genügend wahrt. Der Vertreter der betreffenden Behörde muss sich bewusst sein, dass er den schuldnerischen Erben und nicht die Gesamtheit der Erben zu vertreten hat. Er ist, wie Escher ausführt, „weder verpflichtet noch befugt, dem Willen der Erben gegenüber die Vorschriften des Erblassers autoritativ zur Geltung zu bringen“²⁷. Immerhin kann er im Umfang seines Rechtes auch in dieser Hinsicht einen Einfluss ausüben, indem er z. B. durch seine Stimmabgabe die Fassung eines einstimmigen Erbenbeschlusses, welcher eine Teilungsvorschrift des Erblassers ausser Kraft setzen würde, verunmöglicht. Zu diesem Mittel sollte er aber nur dann greifen, wenn durch die Ausserkraftsetzung der Teilungsvorschrift des Erblassers entweder die Gläubiger oder der Erbe geschädigt würden.

19) Tuor, Komm. N. 24 zu Art. 635.

20) Tuor, Komm. N. 24 zu Art. 635; Escher, N. 20 zu Art. 635.

21) S. unsere Ausführungen S. 40.

22) Weiss, Nr. 4126.

23) BGE 51 II 490.

24) Keinem Erben steht dieses Recht zu, ergo auch nicht der Behörde, welche diesen Erben vertritt und zudem nicht mehr Rechte als der Vertretene besitzt. Sie ist nicht ein übergeordneter, sondern ein gleichgeordneter Partner.

25) BIZR 30 S. 282.

26) Auch hier käme ein solches Verlangen einer Usurpation ihrer Stellung gleich.

27) Escher, N. 16 zu Art. 609.

2. Ihre rechtliche Stellung

Die Befugnisse der Behörde sind demnach ziemlich klein. Sie beschränken sich, im Gegensatz zum Willensvollstrecker, auf das eigentliche Teilungsgeschäft²⁸. Ihre rechtliche Stellung ist derjenigen eines Treuhänders ähnlich²⁹. Sie übt eine privatrechtliche Funktion aus und handelt aus eigenem Recht, das aber durch die Normen des Teilungsrechtes abgegrenzt wird.

3. Die Behörde wirkt an der Teilung nicht mit

Es kann aber der Fall eintreten, dass die Erben durch rasches Handeln dem Einschreiten der Behörde zuvorkommen. Fraglich ist nun, ob der Teilungsvertrag überhaupt nichtig sei oder nur gegenüber den benachteiligten Gläubigern³⁰

a) Die Erbengemeinschaft besteht nicht mehr

Die Teilung ist natürlich dann verbindlich, wenn der Antrag der Berechtigten erst nach vollzogener Teilung erfolgt. Auch die Bestimmungen des SchKG erlauben den Berechtigten nicht, diese Tatsache zu ignorieren. Denn die Anwendung der VO über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen setzt notwendigerweise den Bestand eines Gemeinschaftsvermögens voraus. Bestreitet aber die Vollstreckungsbehörde den Vollzug der Teilung, so ist es nicht Aufgabe jener Behörde, sich in bestrittene zivilrechtliche Verhältnisse einzumischen. Gemäss Art. 131 SchKG Abs. 2 muss der Gläubiger auf eigene Gefahr die Feststellungsklage auf weiteres Bestehen der Erbengemeinschaft erheben. Dringt er vor Gericht mit seiner Behauptung durch, so kann er dann bei der zuständigen Behörde verlangen, dass sie bei der Teilung mitwirkt³¹.

b) Die Erbengemeinschaft besteht noch

Hat ein Gläubiger den Erbanteil eines Erben gepfändet, so wird gemäss Art. 6 der VO die Pfändung allen Erben mitgeteilt. Damit wird ihnen verboten, irgendwelche Verfügungen über Vermögenswerte vorzunehmen, für welche an sich die Zustimmung des Schuldners erforderlich wäre³².

Teilt aber die Behörde die Pfändung den Erben zu spät mit, so ist, sofern sich die Erben im guten Glauben befinden, ihre freie Vereinbarung nur zum Teil nichtig. Diese Teilnichtigkeit besteht darin, dass die Erben daran gebunden sind, die Behörde aber erst, wenn sie den Vertrag genehmigt..

28) Escher, N. 16 zu Art. 609.

29) Tuor, Komm. N. 12 zu Art. 609; Escher, N. 16 zu Art. 609.

30) Im letztern Sinne: Escher, N. 18 zu Art. 609; Tuor, Komm. N. 14 zu Art. 609; Strebelt, S. 85.

31) BGE 61 III 98/99.

32) Art. 6 Abs. 1 der VO.

Verlangt die Behörde Abänderungen einzelner Punkte und stimmen die Erben jenen nicht zu, so muss das ganze Teilungsverfahren wieder aufgenommen werden. Denn Art. 609 Abs. 1 bezweckt einzig, den Gläubiger des schuldnerischen Erben vor nachteiligen Verfügungen der Erben zu schützen. Hat nun durch irgend einen Umstand die Teilung ohne Mitwirkung der Behörde ihren Fortgang genommen, so muss sie die Einigung respektieren, sofern die Interessen der Gläubiger nicht verletzt worden sind. Verlangt aber die Behörde Abänderungen, so kann sie die Erben nicht verpflichten, dass sie die übrigen, unbeanstandeten Vereinbarungen einhalten. Vielleicht haben sich die Erben zu den restlichen Punkten einzig im Hinblick auf die nun jetzt beanstandeten eingelassen. Um wieder als gleichwertige Partner zu verhandeln, müssen sie unbedingt auch von allen vertraglichen Verpflichtungen entbunden werden. Sind die Erben aber bösgläubig, so können sie nicht den Anspruch erheben, dass ihre Teilung geschützt werde.

C. Schlussfolgerung

Zusammenfassend ist zu bemerken: Der Grundsatz der freien Erteilung ist nur insofern eingeschränkt, als die Erben die Mitwirkung einer Behörde, die aber nicht mehr Rechte innehat als der vertretene Erbe, gestatten müssen. Eine gütliche Einigung lässt sich aber, sofern der Wille dazu vorhanden ist, auch mit dieser Behörde erreichen.

D. Das Verhältnis von Art. 609 Abs. 2 zu Art 609 Abs. 1

Inwieweit die kraft Art. 609 Abs. 2 mitwirkende Behörde jene von Art. 609 Abs. 1 zu ersetzen vermag, kann erst im Anschluss an die Erörterung von Art. 609 Abs. 2 in Betracht gezogen werden.

E. Das Verhältnis des Art. 609 Abs. 1 zum Vormundschaftsrecht

Manche Kantone haben die Waisenbehörde zur zuständigen Behörde nach Art. 609 Abs. 1 ernannt³³. Es kann also leicht der Fall eintreten, dass diese Behörde gemäss Art. 609 Abs. 1 und kraft Vormundschaftsrecht zur Mitwirkung berufen wird. U. E. sollte dieser Zustand durch eine Gesetzesrevision beseitigt werden oder es wären wenigstens zwei Vertreter abzu-

33) Es sind dies die Kantone Glarus, Schaffhausen und Schwyz.

ordnen, die beide bei der Genehmigung des Erbteilungsvertrages durch die Vormundschaftsbehörde in Ausstand zu treten hätten. Denn wie aus unseren Ausführungen zu entnehmen ist³⁴, gibt das Gesetz dem Beistand, Beirat oder Vormund grössere Kompetenzen als dem gestützt auf Art. 609 Abs. 1 tätigen behördlichen Vertreter, haben doch jene die persönlichen wie vermögensrechtlichen Interessen des Vertretenen zu wahren. Muss der vormundschaftliche Vertreter auch noch die Gläubigerinteressen schützen, so kommt er öfters mit seiner eigenen, primären Aufgabe in Konflikt, oder dann legt er sich Kompetenzen zu, die ihm nach Art. 609 Abs. 1 gar nicht zustehen. Auch wird seine Stellung im Auseinandersetzungsverfahren in manchen Fällen zu einflussreich, d. h. dort, wo er mehr als die Hälfte aller Erben oder die grösste Erbproportion vertritt. Eine solche Machtkonzentration hindert aber den freien Willensentschluss der übrigen Erben.

34) Vgl. § 7.

II. Teil

DIE EINSCHRÄNKUNG DER FREIEN ERB- TEILUNG DURCH KANTONALES RECHT

(Art. 609 Abs. 2)

V. Kapitel

DIE GESETZESMATERIALIEN UND DIE KANTONALRECHTLICHE REGELUNG

§ 11 DIE GESETZESMATERIALIEN

A. Die Gesetzesmaterialien zu Art. 607 Abs. 2

Eugen Huber, die Mitglieder der grossen Expertenkommission sowie die eidgen. Räte waren sich wohl bewusst, dass eine gütliche Einigung zwischen den Erben das Wünschenswerteste darstellt. Sie trachteten deshalb darnach eine solche nicht nur durch verschiedene Rechtsbehelfe zu fördern, sondern sie auch ausdrücklich zu normieren, d. h. die Zulassung der freien Vereinbarung gesetzlich zu statuieren.

Aus diesen Gründen enthielt schon der 2. Teilentwurf eine solche Bestimmung¹. Auch im I. VE des eidgen. Justiz- und Polizeidepartementes v. 15. Nov. 1900 finden wir eine ganz ähnlich lautende Bestimmung in Art. 620 Abs. 2². Diese Bestimmung wurde in der Folge weder von der Expertenkommission noch von den eidgen. Räten geändert, so dass sie mit demselben Wortlaut in Art. 607 Abs. 2 in das geltende Zivilrecht aufgenommen wurde.

Prinzipiell war man also einig. Doch die Divergenz zeigte sich erst bei der Behandlung des geltenden Art. 609 Abs. 2.

1) Jene Bestimmung lautete: Ordnung der Teilung. a) durch Vereinbarung. Art. 593: Die Teilung unter mehreren Erben erfolgt nach freier Vereinbarung unter Beobachtung der vom Gesetz über die Teilung aufgestellten bindenden Vorschriften.

2) Art. 620 Abs. 2: Sie (die Erben) können sich, wo es nicht anders angeordnet ist, über die Teilung frei vereinbaren.

B. Die Gesetzesmaterialien zu Art. 609 Abs. 2

I. Im 2. Teilentwurf und in den VE

Der 2. Teilentwurf ordnete das Teilungsverfahren folgendermassen: Die Teilung wird „durch die Behörde“³ ausgeführt, wenn ein Erbe, der Erblasser oder die Gläubiger eines insolventen Erben es verlangen oder wenn das kantonale Recht eine amtliche Mitwirkung vorsieht⁴. Im I. VE wurden diese zwei Artikel unter derselben Marginalie wie im 2. Teilentw. in einen Artikel vereinigt⁵. Im II. VE, d. h. nach der Beratung durch die Expertenkommission, fiel Abs. 1 des Art. 622 weg⁶, während Abs. 3 nur einer redaktionellen und das Marginale überhaupt keiner Änderung unterworfen wurde⁷. Abs. 2 des Art. 622 wurde dann definitiver Gesetzestext⁸. Hingegen erfuhr das Marginale eine Änderung indem nun deutlich von einer „Mitwirkung der Behörde“ gesprochen wird.

Trotz diesen zahlreichen Abänderungen und den langen Erörterungen in der grossen Expertenkommission⁹ ist der Sinn, der Zweck und die Bedeutung des Art. 609 Abs. 2 unklar geblieben. Aus den Änderungen ist zwar ersichtlich, dass auf die behördliche Mitwirkung auf Verlangen eines Erben und des Erblassers verzichtet wurde. Auch die Streichung der Bestimmung des Art. 596 Abs. 2 des Teilentw., wonach die amtliche Mitwirkung „für alle Fälle“¹⁰ gestattet sei, sowie die Umwandlung des Marginalen „Teilung durch die Behörde“ in „Mitwirkung der Behörde“, lässt darauf schliessen, dass Art. 609 Abs. 2 eher einschränkend zu interpretieren

3) Marginale zu Art. 596.

4) Lit. e. Durch die Behörde. 1. Auf Verlangen Beteiligten. Art. 596: Auf Verlangen eines Erben, oder wenn der Erblasser es so verfügt hat, wird die Teilung durch die Behörde vorgenommen, die zu diesem Zweck einem oder mehreren ihrer Mitglieder Auftrag und Vollmacht gibt und nötigenfalls Sachverständige heranzieht. 2. Nach Gesetz. Art. 597: Haben Gläubiger eines Erben ihren Schuldner zur Zeit des Erbfalles erfolglos betrieben, oder besitzen sie Verlustscheine, so hat die Behörde an Stelle des Schuldners bei der Teilung mitzuwirken. Dem kantonalen Recht bleibt es vorbehalten, die amtliche Mitwirkung auch noch für andere oder für alle Fälle der Erbteilung anzuordnen.

Vgl. auch die Erl. z. 2. Teilentw., S. 190.

5) II. Durch die Behörde. Art. 622: Auf Verlangen eines Erben, oder wenn der Erblasser es so verfügt hat, wird die Teilung durch die zuständige Behörde vorgenommen. Besitzen Gläubiger eines Erben Verlustscheine, so hat die Behörde an Stelle dieses Erben bei der Teilung mitzuwirken. Dem kantonalen Recht bleibt es vorbehalten, die amtliche Mitwirkung für andere Fälle der Erbteilung anzuordnen.

6) S. Anm. 5.

7) II. Durch die Behörde. Art. 622: Auf Verlangen eines Gläubigers, der den Erbanspruch eines Erben gepfändet hat oder gegen ihn Verlustscheine besitzt, hat die Behörde an Stelle dieses Erben bei der Teilung mitzuwirken. Dem kantonalen Recht bleibt es vorbehalten, für weitere Fälle eine amtliche Mitwirkung bei der Teilung vorzusehen.

8) Unter Hinzufügung des Wörtleins *noch*.

9) Vgl. Prot. S. 243—248.

10) S. Anm. 4.

sei, d. h. dass der behördlichen Einmischung im Laufe der Ausarbeitung des ZGB immer engere Schranken gezogen wurden. Diese Behauptung klingt zwar insofern nicht überzeugend, als aus dem Gesetzestext nicht ersichtlich ist, ob die amtliche Mitwirkung nur für bestimmte oder für alle Fälle vorgeschrieben werden darf. Auch aus der Änderung des Marginales lassen sich nicht konkrete Beweismittel ziehen, enthielten doch, im Gegensatz des Marginales die Gesetzestexte immer das Wort „Mitwirkung“, so dass das ursprüngliche Marginale eher auf eine ungenaue Umschreibung zurückzuführen ist.

Vielleicht geben uns aber die Erörterungen in der Expertenkommission und in den eidgen. Räten sowie die Äusserungen des Gesetzesredaktors einige aufschlussreiche Hinweise.

II. Die Auffassung des Gesetzesredaktors

Eugen Huber nahm in seinem 2. Teilentw. die amtliche Mitwirkung bei der Erteilung nicht nur aus Rücksicht auf längst verankerte Gewohnheiten in einzelnen Kantonen¹¹ auf, sondern er befürwortete, so paradox es bei diesem Schöpfer eines freiheitlichen Privatrechtes klingen mag, die amtliche Mitwirkung bei der Erteilung. Dabei mag weniger die Absicht mitgespielt haben, dem Fiskus die Fahndung nach hinterzogenen Steuerkapitalien zu erleichtern¹², als seine Wertschätzung des Beamtenapparates. In seinen Erl. z. Teilw.¹³ führt Eugen Huber aus, dass er mit der amtlichen Mitwirkung nicht „eine Verstärkung behördlicher Kontrolle“ bezwecke, sondern er wolle „das zuverlässige, neutrale Beamtentum, dessen sich die moderne Zeit ohne Zweifel bei uns allgemein erfreut“, auch für die Zwecke des Erbrechtes benutzen. Denn solche unparteiischen Instanzen seien am besten in der Lage, eine Teilung gerecht und ohne Bevorzugung einzelner Erben durchzuführen¹⁴.

11) So insbesondere in den Kantonen Appenzell-Ausserrhoden, Solothurn und Schaffhausen. Vgl. § 2 I, II und III.

12) Zwar stützt sich Huber in seinen Erl. auch auf den Wortlaut des zürcherischen Kommissionalberichtes v. 2. Juli 1894, in welchem betreffend der amtlichen Inventarisierung ausgeführt wird: „Noch höher als den fiskalischen Erfolg der Inventarisierung (die ja jeder amtlichen Mitwirkung vorausgehen pflegt, u. Anm.) schlagen wir den Gewinn an, der dem öffentlichen Leben aus einer gewissenhaften Steuerleistung des Einzelnen erwächst. Die bei der heutigen Praxis bestehende Benachteiligung von Witwen und Waisen ist zwar längst anerkannt, aber auch beschämend. Die vielfach vorhandene Missstimmung des Einzelnen wie ganzer Stände unter sich, welche einer gedeihlichen Fortentwicklung des Staates so häufig im Wege steht, hat zu einem guten Teil ihren Grund in dem allgemein vorhandenen Wissen von der weit verbreiteten, dem Gesetze nicht genügenden Steuerleistung gegenüber Staat und Gemeinde... Es liegt in der Pflicht des Kantonsrates, wenn er diese Schattenseiten unseres Volksleben erkennt, an seinem Orte alles zu tun, damit die öffentliche Moral auch auf diesem Gebiete erstarke“ (abgedruckt i. d. Erl. z. 2. Teilentw., S. 190/91).

13) S. S. 369 des VE, Ausgabe 1914.

14) Andere, ähnliche Äusserungen Hubers finden wir bei Canova, S. 25—27 zusammengestellt.

III. Die Auffassung der grossen Expertenkommission

In der Expertenkommission ist über diese Norm eine umfangreiche Diskussion entbrannt. Hauptsächlich der Vertreter von Solothurn, Brosi, verteidigte vehement die Regelung des VE und wies auf die 200-jährige amtliche Teilung im Kanton Solothurn hin, die keineswegs steuerrechtlichen Erwägungen entspringe¹⁵. Fehr¹⁶ beantragte, Abs. 3 des Art. 622 zu streichen. Auch von Planta, de Felice und Bühlmann konnten sich mit der amtlichen Mitwirkung nicht befreunden, erklärten sich aber damit einverstanden, wenn es den Kantonen frei gestellt sei, eine solche einzuführen.

Während der ganzen Diskussion zeigte es sich, dass im Erbrecht zwischen den einzelnen Ständen die grösste Diskrepanz herrschte und bei der Vereinheitlichung dieser Materie die grössten Schwierigkeiten zu überwinden waren. Um aber trotzdem zu einer Einigung zu gelangen und nicht einiger weniger Normen wegen die gesamte Kodifikation zu gefährden, verzichtete man auf das Primäre, d. h. auf die Vereinheitlichung und liess den Kantonen ihre Selbständigkeit. Damit sanktionierte man indirekt die obligatorische amtliche Erbteilung in einigen Kantonen.

IV. Die Beratung in den eidgenössischen Räten

Die Beratung in den eidgen. Räten brachte nicht wesentlich Neues hervor, so dass Art. 609 unverändert ins Gesetz aufgenommen wurde.

§ 12 DIE ANWENDUNG VON ART. 609 ABS. 2 DURCH DIE KANTONALEN INSTANZEN

A. Allgemeines

Wie Huber im Nationalrat ausführte¹, wollte man kantonale Einrichtungen, die sich bewährt hatten, durch diese Bestimmung beibehalten. Man kann daher mit guten Gründen die Ansicht vertreten, der Gesetzgeber habe beabsichtigt, den bisherigen Rechtszustand im Erbteilungsverfahren zu sanktionieren. Und wer könnte uns über den letzten Punkt mehr Auskunft geben als die kant. EG z. ZGB! In jenen Erlassen spiegelt sich die Auffassung der Kantone wieder, wie sie die Norm nach den Beratungen verstanden und auch glaubten anwenden zu dürfen.

In ihren EG z. ZGB sehen nur drei Kantone eine amtliche Mitwirkung in allen Todesfällen vor, nämlich Appenzell-Ausserrhoden, Schaffhausen

15) Prot. Bd. 2 S. 245.

16) Prot. Bd. 2 S. 244.

1) Sten.Bull. 1906 S. 345.

und Solothurn. Um die Erbschaftsteilung genau durchzuführen und alle Erbschaftsgegenstände zu erfassen, wird in jenen Kantonen über jede Erbschaft ein amtliches Inventar aufgenommen². Während die Siegelung und die Inventarisierung in allen drei EG z. ZGB ziemlich ausführlich geregelt sind, wird das Erbteilungsverfahren nur ganz generell umschrieben. Auch die alten kantonalen Zivilgesetzbücher enthalten darüber keine näheren Bestimmungen. Einzig der Kanton Schaffhausen ordnete das gesamte Teilungsverfahren durch das Gesetz „über das Verfahren bei Beschreibungen und Teilungen, über Vermögensabgaben, über die Antretung von Erbschaften und über die Organisation der Waisen- und Teilungsinspektorate v. 25. Jan. 1881“ und durch die „VO über die einheitliche Geschäftsführung bei den Waisenbehörden, der Kanzleien und den Waisen- und Teilungsinspektoren v. 7. Okt. 1885“. Der Geltungsbereich dieses Gesetzes und dieser Verordnung wird insofern eingeschränkt, als Art. 85 Abs. 2 EG z. ZGB normiert, dass die Vorschriften des Beschreibungs- und Teilungsgesetzes, der Steuergesetze und der diesbezüglichen Verordnungen nur unter Vorbehalt der Bestimmungen des ZGB massgebend seien. Diese sehr bequeme, aber rechtlich unbefriedigende Lösung führt dazu, dass die Waisenämter, welche mit dem Vollzug der Teilung beauftragt sind, das Teilungsgesetz in seinen wichtigsten Bestimmungen dennoch anwenden, auch wenn seine Normen dem ZGB widersprechen³. Um uns eine richtige Vorstellung über die sehr verschiedenen Rechtsanwendungen des ZGB kurz nach dessen Inkraftsetzung zu vermitteln, skizzieren wir nachfolgend kurz das Erbteilungsverfahren im Kanton Schaffhausen. Dabei ist zu beachten, dass in den meisten Kantonen die Erbteilung prinzipiell ohne behördliche Mitwirkung erfolgt.

B. Das Erbteilungsverfahren im Kanton Schaffhausen

Gemäss Art. 85 Ab. 1 EG z. ZGB finden alle Erbteilungen unter amtlicher Mitwirkung statt. Nachdem das Inventar aufgenommen ist, wird zur Teilung geschritten. Nach der Festsetzung der einzelnen Erbteile erfolgt deren Zuweisung an die Erben. Können sich die Erben nicht über die Art der Zuweisung verständigen, so wird das Los gezogen⁴. Weigern sich einige Erben, den Teilungsplan des Teilungsbeamten zu genehmigen, so werden sämtliche Erben zur gütlichen Vermittlung vor die Waisenbehörde geladen. Kommt keine Einigung zustande, so wird der vorgelegte Plan dennoch als angenommen betrachtet, sofern die Betroffenen nicht binnen 10 Tagen den

2) Appenzell-Ausser rhoden Art. 74; Solothurn § 187; Schaffhausen Art. 74.

3) Vgl. § 13.

4) Art. 6 des Teilungsges.

ordentlichen Rechtsweg beschreiten⁵. Alle Teilungen unterliegen der Genehmigung durch die zuständige Waisenbehörde⁶. Nachher gehen die Dokumente an das zuständige Waisen- und Teilungsinspektorat, welche sie nach jeder Richtung hin zu prüfen hat. Keine Teilung erhält Rechtskraft, bevor sie vom Waisen- und Teilungsinspektorat ratifiziert ist⁷.

Als wichtige Detailvorschriften seien erwähnt, dass bei der Inventarisation vorerst das Gesamtvermögen ermittelt wird, d. h. Mannes- und Frauengut⁸. Die Beschreibungsbeamten müssen sich selbst vom Bestand der Hinterlassenschaft überzeugen. Die Taxation haben nicht die Erben, sondern der Beschreibungsbeamte nach laufenden Preisen durchzuführen⁹. Erst nach erfolgter Genehmigung der Teilung durch das Teilungsinspektorat dürfen die Erbteile herausgegeben werden¹⁰. Liegen Steuerverheimlichungen vor, „so hat die Waisenbehörde von dem unverteilter Nachlasse einen Betrag zurückzubehalten“. Ebenso darf sie Vermögensstücke nicht auf die Erben übertragen, sofern kein Kapitalvermögen vorhanden ist und die Nachsteuern und Steuerbussen noch nicht bezahlt sind^{11 12}.

C. Schlussfolgerungen

Mit der gedrängten Darstellung des schaffhausischen Erbteilungsverfahrens wollten wir nur beweisen, dass der Begriff „amtliche Mitwirkung bei der Erbteilung“ von einzelnen Kantonen so interpretiert wurde, dass eine freie Vereinbarung zwischen den Erben überhaupt nicht möglich war oder nur in dem Sinne, dass der Teilungsbeamte die freie Vereinbarung der Erben seiner vorgesetzten Behörde zur Genehmigung unterbreitete. Eine Pflicht, eine solche gütliche Teilung zu genehmigen, bestand zum mindesten für das schaffhausische Recht nicht.

Art. 607 Abs. 2 wurde demnach durch Art. 609 Abs. 2 nicht nur eingeschränkt, sondern geradezu verdrängt. Diese Rechtsanwendung führte dann zu Komplikationen. Unser höchstes Gericht hatte sich damit zu befassen. Im folgenden Paragraphen wollen wir nun die bundesgerichtliche Rechtsprechung untersuchen. Vielleicht zeigt uns dann die bundesgerichtliche Praxis, welche Geltung Art. 607 Abs. 2 zu beanspruchen vermag.

5) Art. 9 Abs. 2 des Teilungsges.

6) Art. 11 des Teilungsges.

7) Art. 12 Abs. 2 des Teilungsges.

8) Art. 18 der Teilungsverordn.

9) Art. 18 lit. k der Teilungsverordn.

10) Art. 28 der Teilungsverordn.

11) Art. 29 der Teilungsverordn.

12) Für das Erbteilungsverfahren im Kanton Solothurn verweisen wir auf die Freiburger Diss. 1950 von Meier, Peter, welche ausführlich den Erbgang nach solothurnischem Einführungsrecht behandelt.

VI. Kapitel DIE PRAXIS

§ 13 DIE PRAXIS DES BUNDESGERICHTES ZU ART. 609 ABS. 2

A. Allgemeine Erwägungen

Entgegen der Praxis der kantonalen Verwaltungsstellen schränkt das BGer in seinem ersten publizierten Fall den Geltungsbereich des Art. 609 Abs. 2 zugunsten der andern erbrechtlichen Bestimmungen erheblich ein¹. Das BGer bestätigt die allgemeine Auffassung, dass die Kantone, gestützt auf Art. 609 Abs. 2, noch für weitere Fälle die amtliche Mitwirkung bei der Erbteilung anordnen dürften². Im Gegensatz zu Art. 609 Abs. 1 enthalte aber Art. 609 Abs. 2 keinen nähern Anhaltspunkt „über die Art und Weise der behördlichen Mitwirkung“³. Aus der Entstehungsgeschichte von Art. 609 Abs. 2 ergebe sich, „dass dieser Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts keineswegs nur die amtliche Mitwirkung bei der Teilung an Stelle eines Erben zu decken bestimmt“ sei⁴. „Ist also davon auszugehen, dass die vom kantonalen Recht vorgesehene Mitwirkung der Behörde bei der Erbteilung sich nicht auf die blosse Stellvertretung des Erben zu beschränken braucht, in dessen Person der Grund für jene Mitwirkung liegt, so darf doch die *Mitwirkung nicht in eine Beeinträchtigung der den übrigen Erben und Dritten von Bundesrechts wegen zustehenden Rechte ausarten*“⁵.

B. Spezielle Erwägungen

Keine Beeinträchtigung stellen die Übernahme der Leitung des Teilungsverfahrens und die Unterbreitung von Vorschlägen zur Überwindung von

1) BGE 51 II 488 ff. Es handelte sich um eine zivilrechtliche Beschwerde gegen eine Verfügung des Erbschaftsamtes von Basel-Stadt. Das Erbschaftsamt forderte einen Erben auf, die in seinem Gewahrsam befindlichen Wertschriften zum Zwecke der Durchführung der Teilung dem Erbschaftsamt abzuliefern.

2) Basel-Stadt dehnt die amtliche Mitwirkung auf nachfolgende Fälle aus: § 151 EG z. ZGB: Das Erbschaftsamt hat ausser in den im ZGB Art. 609 vorgesehenen Fällen an Stelle der nachgenannten Erben bei der Teilung mitzuwirken: 1. Wenn einer Erben nicht handlungsfähig ist und keinen gesetzlichen Vertreter besitzt. 2. Wenn einer der Erben, ohne einen Vermögensverwalter bestellt zu haben, unbekannt abwesend ist und keinen gesetzlichen Vertreter besitzt. 3. Wenn einer der Erben die Mitwirkung verlangt. Auf Verlangen eines Erben hat das Erbschaftsamt die Liquidation und die Teilung selbst zu besorgen, unter Vorbehalt richterlicher Erledigung der Streitpunkte, für deren Anrufung es eine angemessene Frist ansetzt. Mit Zustimmung der Erben kann das Erbschaftsamt die Besorgung einem Notar übertragen.

Die behördliche Mitwirkung gemäss Ziff. 1 und 2 ergäbe sich auch aus dem Vormundschaftsrecht; vgl. § 4.

3) BGE 51 II 490.

4) BGE 51 II 491.

5) BGE 51 II 492; von uns gesperrt.

Differenzen dar, sofern den Erben das Recht belassen wird, selbst andere Vorschläge zu machen⁶. Unvereinbar ist aber die „Inbesitznahme der Erbschaftsgegenstände“ mit den übrigen Normen des Erbrechts. Eine solche Massnahme komme einer Erbschaftsverwaltung gleich; „allein die Voraussetzungen dieser Sicherungsmassregel werden durch das ZGB selbst (Art. 554) abschliessend geregelt“.

Dagegen darf das Teilungsamt einen Entwurf für einen Teilungsvertrag aufstellen „und für den Fall der Ablehnung oder Nichtannahme binnen angemessener Frist denjenigen Erben, welche den Entwurf zum Teilungsvertrag erhoben wissen möchten, Frist zur Klage ansetzen“⁷. Fraglich ist nur, und diese Streitfrage lässt das BGer offen, ob dadurch nicht Art. 611 Abs. 2 und 3, d. h. das Recht auf Losziehung, verletzt wird. Ebenso wenig nahm das BGer zur Frage Stellung, ob beim Vorhandensein eines Willensvollstreckers die amtliche Mitwirkung noch gestattet sei.

C. Die Stellungnahme des BGer zur Regelung des Kanton Schaffhausen

Über die kantonale Regelung von Schaffhausen sprach sich das BGer in einem Entscheid vom 18. Januar 1934 aus⁸. Vorweg erklärte das BGer⁹ die Art. 11 und 12 des Teilungsgesetzes als unanwendbar¹⁰. Das ZGB kenne keine amtliche Erbschaftsteilung, sondern nur eine amtliche Mitwirkung. Ob die behördliche Fristansetzung gemäss Art. 9 Abs. 2 des Teilungsgesetzes¹¹ nicht gegen das ZGB verstosse, beantwortet das BGer nicht, sondern zweifelt nur an die Vereinbarkeit einer solchen Regelung mit Art. 611 Abs. 2 und 3¹². Dagegen erklärt das BGer¹³, dass „die in Art. 11 ausgesprochene Genehmigungsbedürftigkeit aller Erbschaftsteilungen unver-

6) BGE 51 II 492.

7) BGE 51 II 494.

8) BGE 60 II 18 ff.

9) BGE 60 II 21.

10) Jene Artikel bestimmen folgendes: Art. 11: Alle Beschreibungen, Teilungen und Vermögensherausgaben unterliegen der Genehmigung der zuständigen Waisenbehörde und es ist von derselben am Protokoll Vormerkung zu nehmen. Art. 12: Nach erfolgter waisenamtlicher Genehmigung gelangen diese Dokumente zur Ratifikation an das zuständige Waisen- und Teilungsinspektorat, welche dieselben in jeder Richtung zu prüfen, nach Richtigbefinden zu unterzeichnen und zu besiegeln, auch deren Inhalt (die Fahrhabe nur summarisch) zu protokollieren und mit tunlichster Beförderung an die auszufertigende Waisenbehörde zurückzusenden ist. Keine Beschreibung, Teilung oder Vermögensherausgabe erhält Rechtskraft bevor sie von der Waisenbehörde geprüft und vom Waisen- und Teilungsinspektor ratifiziert ist. Allfällige später zutage tretende materielle Unrichtigkeiten, welche zur Zeit der Beschreibung, Teilung oder Vermögensherausgabe nicht bekannt waren, können nachträglich berichtigt werden.

11) Vgl. unsere Ausführungen, S. 60/61.

12) Gleiche Ansicht wie in BGE 51 II 494.

13) BGE 60 II 22.

einbar sei mit Art. 634 ZGB. Die Anwendung des Art. 11 liefe entweder darauf hinaus, dass die Verbindlichkeit der Erbschaftsteilung von einem weitem, in Art. 634 ZGB nicht vorgesehenen formellen Erfordernis abhängig gemacht würde“.

Schon im Jahre 1936¹⁴ fand das BGer erneut Gelegenheit, sich über das schaffhausische Erbteilungsverfahren auszusprechen. In diesem Entscheid erklärt nun das BGer ausdrücklich, dass die amtliche Mitwirkung stattfinden dürfe, ohne dass sie auch von einem Erben angebeht werde. „Der mit dem Gebot einer amtlichen Einmischung zu verfolgende Zweck besteht darin, die ordnungsmässige Durchführung der Teilung zu erleichtern. Diesem Zweck vermag in besonderer Weise ein Einschreiten der Behörde von Amtes wegen zu dienen, weshalb auch dahingehende Vorschriften dem Bundesrecht nicht widersprechen, sofern eben die amtliche Mitwirkung nicht zur Voraussetzung der Verbindlichkeit des Teilungsvertrages oder der Losbildung und -verteilung gemacht wird“¹⁵.

D. Die bundesgerichtliche Interpretation

Das Bundesrecht interpretiert demnach Art. 609 Abs. 2 folgendermassen: Die Kantone dürfen bei jeder Erbteilung eine amtliche Mitwirkung vorschreiben. Die Behörde amtet als unparteiisches Organ, deren Tätigkeit vom kantonalen Recht umschrieben wird, die aber die Erben in ihren von Bundesrechts wegen zustehenden Rechten nicht beeinträchtigen darf.

§ 14 DIE RECHTSPRECHUNG KANTONALER BEHÖRDEN UND KANTONALER GERICHTE

A. Abgrenzung des Themas

Uns interessiert nur die Rechtsprechung solcher Kantone, welche eine amtliche Mitwirkung bei der Erbteilung noch „für weitere Fälle“ vorsehen. Wohl befassen sich die Behörden anderer Kantone oft mit Teilungsstreitigkeiten, doch beschlagen solche Prozesse andere Teilungsnormen¹.

B. Allgemeines

Allgemein ist festzustellen, dass die Gerichte wie auch die Verwaltungsbehörden sich nur schwer von dem alteingesessenen und festverwurzelten amtlichen Teilungsverfahren zu trennen vermögen. Bis zur Publikation des

14) BGE v. 3. Juli 1936 in Bd. 62 II 129 ff.

15) BGE 62 II 130/31.

1) Es ist nicht unsere Aufgabe, das gesamte Teilungsverfahren darzustellen.

ersten Bundesgerichtsentscheides über die Anwendung von Art. 609 Abs. 2 wendeten in guten Treuen die kantonalen Amtstellen und Gerichte das alte, aber nun ins Einführungsgesetz zum ZGB übernommene Verfahren an².

C. Die amtliche Inventarisation

Die amtliche Inventarisation, die ja jeder amtlichen Mitwirkung bei der Erbteilung vorauszugehen pflegt, wird in den meisten Kantonen, welche eine amtliche Mitwirkung bei der Erbteilung kennen, so gehandhabt, dass alles vorhandene Vermögen inventarisiert wird. Stirbt ein Ehemann so gelangt sowohl das Mannes- wie das Frauengut ins amtlich aufgenommene Inventar. Vor der eigentlichen Teilung erfolgt zuerst die Güterausscheidung, und zwar ebenfalls unter Mitwirkung des Beamten³.

Wird eine Erbengemeinschaft erst nach jahrelanger Dauer aufgelöst, so fragt es sich, ob auch in einem solchen Fall die Kantone befugt sind, ein amtliches Inventar aufzunehmen, um den wirklichen Bestand, der sich vielleicht wesentlich verändert hat, zu ermitteln. Obgleich sich eine solche Massnahme nicht mehr auf Art. 553 Abs. 2 stützen kann, schützte der RR des Kantons Schaffhausen ein diesbezügliches Begehren des Waisenamtes⁴.

D. Die Mitwirkung der Behörde bei der Erbteilung

I. Die Aufgabe der Behörde

Für die Funktion der behördlichen Mitwirkung bei der Erbteilung ist aus einem Entscheid des RR von St. Gallen v. 19. Januar 1929 ersichtlich, dass die Behörde nicht Vertreter eines Erben, sondern leitendes Organ des Auseinandersetzungsverfahrens ist. Verhindern daher die Erben à tout prix eine amtliche Mitwirkung, so ist die Behörde nicht verpflichtet, das Verfahren weiterzuführen⁵. Auch da, wo die behördliche Intervention nicht die grossen Divergenzen zwischen den Erben zu überwinden vermag, kann

2) Vgl. Meier, Peter, S. 17, welcher nachweist, dass alle Normen des solothurnischen Zivilgesetzbuches betr. der amtlichen Inventarisation und der Erbteilung ins EG z. ZGB übernommen worden sind. Auch das EG z. ZGB von St. Gallen deckt sich mit seinen Auswirkungen mit Art. 199 des Erbgesetzes von St. Gallen. Schaffhausen hat in Art. 85 EG z. ZGB kurzerhand das Teilungsgesetz vom Jahre 1881 als anwendbar erklärt, sofern es den Normen des Zivilgesetzbuches nicht widerspreche.

3) Solothurn: § 207 EG z. ZGB; RBObGer 1882 S. 57; RBObGer 1934 S. 137 Nr. 25; Schaffhausen: Art. 18 des Teilungsges.; St. Gallen: Verw. Pr. Bd. IV Nr. 168; Basel-Stadt: VO v. 26. Juni 1922 zum Gesetz betr. die direkten Steuern v. 6. April 1922, § 26 Abs. 4; Thurgau: VVO zum Notariatsgesetz, § 80.

4) BGE 62 II 129/30.

5) Verw. Pr. Bd. VI Nr. 40 S. 29/30.

sie sich von ihren Mitwirkungspflichten entbinden⁶. Demgegenüber stellt aber das soloth. ObGer fest, dass alle Erbschaftsteilungen unter Aufsicht des Amtsschreibers zu erfolgen haben. Dessen Mitwirkung dürfen weder die Erben ausschalten, noch darf der Amtsschreiber von sich aus darauf verzichten⁷. Widersetzt sich aber ein Erbe einem Teilungsbegehren, so darf nicht die Verwaltungsbehörde diese Streitfrage entscheiden, sondern gemäss Art. 604 ZGB der ordentliche Richter⁸.

II. Über den Besitz der Nachlassgegenstände

Vermögenswerte, welche sich in den Händen von Erben befinden, dürfen zur Sicherung und zur Einhaltung einer gerechten und billigen Teilung von den Besitzern herausverlangt werden^{9 10}.

III. Unterscheidung zwischen formellen und materiellen erbrechtlichen Ansprüchen

Einige Kantone machen nun zwischen formellen und materiellen erbrechtlichen Ansprüchen einen wesentlichen Unterschied, indem sie jene der administrativen, diese aber der richterlichen Spruchkompetenz unterstellen¹¹.

6) Verw. Pr. Bd. VI Nr. 202.

7) RBObGer 1936 S. 91; RBObGer 1937 S. 85 Ziff. 5.

8) Entscheid d. RR v. Schaffhausen v. 26. 3. 1936 in Zentralbl. Bd. 37 S. 282/83.

9) Vgl. den Entscheid des App.Ger. von Basel-Stadt in BGE 51 II 488.

10) Gemäss § 5 und § 6 der VO des RR v. Luzern betr. das Verfahren bei Erbteilungen kann die Teilungsbehörde die Barschaft sofort sicher anlegen und die Wertschriften in der Depositenkasse einlegen.

11) Jene kantonalen Bestimmungen lauten: Basel-Stadt: § 151 Abs. 2 EG z. ZGB: Auf Verlangen eines Erben hat das Erbschaftsamt die Liquidation und die Teilung selbst zu besorgen, unter Vorbehalt richterlicher Erledigung der Streitpunkte, für deren Anrufung es eine angemessene Frist ansetzt. St. Gallen: Art. 119 Abs. 2 EG z. ZGB: Ergeben sich bei der amtlichen Teilung Widersprüche, so trifft der Bezirksammann die gutscheinende Entscheidung und setzt eine Frist an, innert welcher der Richter angerufen werden kann. Appenzell-AR: Art. 89 EG z. ZGB: Gegen die Tätigkeit der Erbteilungskommission kann jedermann, der ein Interesse hat, beim Gemeinderat innert der Frist von 14 Tagen schriftlich Beschwerde führen. Gegen Beschlüsse des Gemeinderates innert der gleichen Frist an den Regierungsrat ergriffen werden. Art. 89 Abs. 2: Ist ein Erbenspruch streitig, so entscheidet darüber der ordentliche Richter. Zug: § 85 EG z. ZGB: Gegen die Tätigkeit der Erbteilungskommission kann jedermann der ein Interesse nachweisen kann, beim Einwohnerrat schriftlich Beschwerde führen. Gegen die Beschlüsse des Einwohnerrates ist innert gleicher Frist Rekurs an den Regierungsrat zulässig. Über streitige Erbensprüche oder Schadenersatzklagen gegenüber der Erbteilungskommission entscheidet der Richter. Solothurn: § 243 EG z. ZGB: Streitigkeiten über Verschiebung der Teilung der Erbschaft wegen Unzeit (Art. 604 Abs. 2 ZGB), über die Bildung der Teillose (Art. 611 Abs. 2), über die Art der Versteigerung einer schwer teilbaren Erbschaftssache (Art. 612), über die Veräusse-

1. Regelung von Appenzell-AR, Zug und Solothurn

Wohl zu keinen Kompetenzstreitigkeiten geben die Bestimmungen des Kantons Appenzell-Ausserrhoden und des Kantons Zug Anlass. Sobald die Höhe des Erbanteiles, ein Vermächtnis oder sonst eine Verfügung von Todes wegen streitig ist, entscheidet der ordentliche Richter diese Streitfrage. Das sol. EG z. ZGB regelt wohl einige Probleme, so z. B. die Streitigkeiten die über die Verschiebung der Teilung, der Bildung der Lose oder über die Art der Versteigerung entstehen, lässt aber all' die Fragen, die sich aus dem eigentlichen Teilungsverfahren ergeben, wie z. B. die Kompetenzen des Amtsschreibers, die Aufstellung eines Teilungsplanes, unbeantwortet.

2. Regelung von Basel-Stadt, Thurgau und St. Gallen

Unklar sind aber hauptsächlich die Bestimmungen der Kantone Basel-Stadt, Thurgau und St. Gallen, welche in der Tat auch zu zahlreichen Streitigkeiten geführt haben.

Grundsätzlich ist die Behörde auf die Einigung der Erben angewiesen. Die behördliche Losbildung, die Zuweisung oder der Verkauf einzelner Sachen stellt nicht eine rechtskräftige administrative Entscheidung, sondern nur einen behördlichen Vermittlungsversuch dar. Die mangelnde Zustimmung eines renitenten Erben kann nur durch richterlichen, nicht aber durch administrativen Entscheid ersetzt werden¹².

Der Ausschuss des Appel. Ger. von Basel-Stadt interpretiert § 151 Abs. 2 des EG z. ZGB in dem Sinne, dass „die Ausgestaltung des Verfahrens im Einzelnen dem Ermessen der Teilungsbehörde“ unterstellt „und zur Entscheidung über solche rein äusserliche Verfahrensbestimmungen die Verwaltungsbehörde die geeignete Stelle“ sei¹³.

rung oder Zuweisung von zusammengehörenden Sachen und von Familienschriften (Art. 613) entscheidet der Amtsgerichtspräsident des letzten Wohnsitzes des Erblassers nach Anhörung des Amtsschreibers. Thurgau: § 91 der VVO zum Notariatsgesetz: Ergeben sich im übrigen bei der amtlichen Teilung Widersprüche, die auch durch Vermittlung der Teilungsbehörde nicht behoben werden können, so trifft letztere die gutscheinende Entscheidung und setzt den Erben, welche damit nicht einverstanden oder bei der Verhandlung weder anwesend noch vertreten sind, eine Frist von mindestens einem Monat an, innert welcher die Anfechter den Richter anrufen können. § 91 Abs. 2: Nach unbenütztem Ablauf dieser Frist nimmt die Teilung ihren Fortgang. § 91 Abs. 3: Vorbehalten bleibt die gerichtliche Anfechtung der vollzogenen Teilung.

12) App.Ger. v. Basel-Stadt Bd. III S. 129/30; Entscheid des RR v. Luzern v. 29. 12. 1938 in Zentralbl. Bd. 40 S. 305/6.

13) App.Ger. Basel-Stadt Bd. III S. 152/53. Es handelte sich um die Frage, ob bei einem Streit von Erben über die Bedingungen der Versteigerung einer Erbliegenschaft das Erbschaftsamt oder die ordentlichen Gerichte zu entscheiden haben. Nach Ansicht des App.Ger. ist dies eine reine verfahrensrechtliche Frage. Vgl. auch den nachfolgenden Entscheid Nr. 17 S. 153 und 154 welcher indirekt diese Auffassung aufs neue bestätigt.

Verhindert aber ein Erbe durch schikanöses Verhalten die Übernahme des Grundstückes auf den Ersteigerer, „so hat an Stelle des renitenten Erben der Bezirksammann die Übernahmestrasse zu unterzeichnen“¹⁴.

IV. Darf die Behörde zur Anfechtung eines Teilungsvertrages Fristen ansetzen?

Wohl die wichtigste Frage ist, ob die Behörde, nachdem sie den Erben einen Teilungsentwurf unterbreitet hat, den Erben eine Frist ansetzen darf mit der Androhung, dass der Teilungsentwurf Rechtskraft erhalte, wenn sie nicht den ordentlichen Rechtsweg beschritten. Solche oder ähnliche Bestimmungen kennen eine Reihe von Kantonen¹⁵. Den einschlägigen Gesetzesbestimmungen ist aber nicht immer zu entnehmen, ob es sich wirklich um Fristen mit Präklusivwirkung handelt.

Die Fristansetzung bewirkt eine rasche Beendigung des Auseinandersetzungsverfahrens unter amtlicher Mitwirkung und schafft zudem klare, übersichtliche Rechtsverhältnisse. Die Behörden des Kantons Schaffhausen wandten deshalb das Teilungsgesetz in extenso an. Gemäss Art. 9 Abs. 2 des genannten Gesetzes setzten sie den Erben, welche dem behördlichen Teilungsplan nicht zustimmten, eine Frist an. Liessen die Erben die Frist unbenützt verstreichen, so erhielt der vorgelegte Teilungsvertragsentwurf Rechtskraft. Eine gegen ein solches Vorgehen gerichtete Beschwerde wurde vom RR abgewiesen¹⁶. Auch die Kompetenzen des st. gall. Bezirksammanes werden extensiv interpretiert, erklärt doch der RR, dass „die kategorische Formulierung des Art. 119 EG z. ZGB sogar eine Ausnahme zu Art. 32 EG z. ZGB darstelle, nach welcher letzteren in der Regel die Entscheidungen des Bezirksammanes an den RR weitergezogen werden können“¹⁷. Das Bezirksamt ist sogar kompetent, „in bezug auf die Testamentsanfechtung kürzere Fristen anzusetzen, als sie in den Art. 521 und 533 ZGB

14) Entscheid des RR von St. Gallen v. 19. Juli 1927 in Verw. Pr. Bd. IV Nr. 678 S. 500; vgl. auch Amtsbericht 1929 S. 216 in Verw. Pr. Bd. IV Nr. 107.

15) Basel-Stadt: § 151 Abs. 2. Vgl. Anm. 11 S. 58. Luzern: § 17 der VO des RR betr. das Verfahren bei Erbteilungen: Sofern die von der Teilungsbehörde angefertigte Schlussenteilung von den Erben nicht in einer Schlussverhandlung anerkannt worden ist, hat die Teilungsbehörde den Erben Kenntnis zu geben, dass die Schlussenteilung während 14 Tagen zur Einsicht und Erhebung allfälliger Einsprüche auf der Teilungskanzlei aufliege. St. Gallen: Art. 119 Abs. 2. Vgl. Anm. 11 S. 58. Schaffhausen: Art. 9 Abs. 2 des Teilungsges.: Verweigern einzelne auch dann noch (nach Vermittlung oder gutachtlicher Feststellung durch die Waisenbehörde, vgl. Abs. 1) die Anerkennung, so wird das vorgelegte Dokument dennoch als angenommen betrachtet, wenn jene nicht binnen 10 Tagen den ordentlichen Rechtsweg beschritten haben. Thurgau: § 91 der VVO z. Notariatsges. vgl. Anm. 11 S. 59.

16) Vgl. BGE 60 II 19/20.

17) Vgl. RR Entscheid v. 25. Okt. 1918 in Verw. Pr. Bd. IV Nr. 544 S. 395; RR Entscheid v. 22. Mai 1919 in Verw. Pr. Bd. IV Nr. 571.

vorgesehen sind¹⁸. Der Grund liege darin, dass die Beachtung der bundesrechtlichen Fristen die Erbteilung zu lange verzögern würde. Beschreiten daher die Erben innert der vom Bezirksamt gesetzten Frist den ordentlichen Rechtsweg nicht, so nimmt die Teilung ihren Fortgang. Doch legt der RR des Kt. St. Gallen dieser Frist keine präklusive Wirkung bei. „Die vom Bezirksamte vorgenommene Teilung kann immer noch als Ganzes“ vor dem Richter angefochten werden. In all den vorgenannten Entscheidungen stützte sich der Regierungsrat auf den Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechtes in Abs. 2 des Art. 609 ZGB, der den Kantonen die Kompetenz verleiht, der Behörde „jene erweiterte Rolle zuzuschieben, die ihr nach mehreren früheren kantonalen Erbesetzen zukam. Darnach ist das Bezirksamt nicht bloss eine Behörde die im Sinne des Art. 609 Abs. 1 ZGB an Erbenstelle, bei der von den Erben selber vorgenommenen Teilung mitwirkt, sondern das Bezirksamt nimmt selbst die Teilung vor, trifft Entscheidungen und setzt Fristen an“¹⁹.

Keine Präklusivwirkung misst der RR des Kantons Luzern der Frist des Art. 17 der VO des RR betr. das Verfahren bei Erbteilungen zu. Die Teilungsbehörde darf selbst dann keine Fatalfristen ansetzen, „wenn ein Erbe aus Einsichtslosigkeit oder Streitlust einen Teilungsplan nicht anerkennt“²⁰. Diese Auffassung bestätigte das ObGer in seinem Entscheid v. 14. Okt. 1937, indem es ausführt, dass dadurch dem Teilungsamt die Möglichkeit gegeben wäre, den Erben einen Teilungsplan aufzudrängen „und die, welche sich damit nicht abfinden wollten, in die Klägerrolle setzen könnte“. Dies beabsichtigte der Gesetzgeber aber nicht, sonst hätte er dies doch unmissverständlich zum Ausdruck gebracht²¹.

V. Der Geltungsbereich der kant. Normen

Nicht nur die richtige Interpretation der kant. EG z. ZGB bereitete der Praxis öfters Schwierigkeiten, sondern auch deren Geltungsbereich. Gemäss § 236 EG z. ZGB von Solothurn muss jede Teilung vom Amtsschreiber der Wohnsitzgemeinde des Erblassers verurkundet sein. Dass gemäss Art. 965 ZGB ein von einer ausserkantonalen Urkundsperson abgefasster Teilungsvertrag ein hinreichender Ausweis zum Grundbucheintrag darstelle, bejahte das ObGer. Da gemäss unbestrittener Auffassung auch ein gewöhnlicher Teilungsvertrag zur Eintragung genügt, „schliesst es fast zwingend aus, dass nach kant. Recht die weitergehende öffentliche Beurkundung eines ausser Kantons abgeschlossenen Teilungsvertrages verlangt werden kann,

18) RR Entscheid v. 11. Mai 1926 in Verw. Pr. Bd. V Nr. 599 S. 535—539; RR Entscheid v. 9. Juli 1932 in Verw. Pr. Bd. VI Nr. 256; RR Entscheid v. 1. Mai 1935 in Verw. Pr. Bd. VI Nr. 404.

19) Verw. Pr. Bd. V S. 436.

20) Entscheid des RR v. 20. Sept. 1933, Verhdlg. RR 1933 S. 99 ff.

21) Entscheidungen d. ObGer v. Luzern 1936—1940 Nr. 546 S. 765.

unbekümmert darum, dass das soloth. Recht die obligatorische öffentliche Beurkundung des Teilungsvertrages kennt und nach § 17 Abs. 2 EG z. ZGB dem Grundsatz der *lex rei sitae* huldigt²². Höchst kritisch und als mit dem vorangehenden Entscheid kaum in Einklang stehend, muss der Entscheid desselben ObGer v. Jahre 1943 betrachtet werden. Erben eines im Kanton Solothurn verstorbenen Erblassers teilten an ihrem Wohnsitz in Zürich die Erbschaft und verlangten nun vom Amtsschreiber in Solothurn, der zugleich Grundbuchführer ist, die Übertragung der Grundstücke auf die einzel berechtigten Erben. Auf Anfrage des Amtsschreibers erklärte das ObGer, eine Grundbucheintragung komme mangels genügender Rechtsgrundlage nicht in Frage. „Gemäss Art. 538 ZGB erfolgt die Eröffnung des Erbanges für die Gesamtheit des Vermögens am letzten Wohnsitz des Erblassers. Darunter sind nicht nur die Einleitungsverhandlungen zur Erbteilung, sondern auch diese selbst zu verstehen. Das ZGB hat in der Regelung des Verfahrens bei Erbteilungen verschiedentlich den Kantonen die Möglichkeit einer mehr oder weniger grossen Mitwirkung des Staates gelassen. Auch sind die Kantone auf dem Gebiete der Erbschaftssteuer autonom, so dass teilweise nicht unerhebliche Unterschiede zwischen den Kantonen bestehen. Wollte nun das ZGB nur die Eröffnung des Erbanges im engeren Sinne des Wortes an den letzten Wohnsitz des Erblassers verlegen und den Ort der Erbteilung selber der freien Bestimmung durch die Erben überlassen, dann hätte das zur Folge, dass durch vorläufige Verschiebung der Teilung unangenehme Teilungsvorschriften und höhere Steuern eines Kantons durch Verlegung der Teilung in einen „günstigeren“ Kanton umgangen werden könnten“. Somit gelangt nach Ansicht des ObGer § 236 EG z. ZGB zur Anwendung, d. h. die Teilung müsse vom Amtsschreiber beurkundet sein. Zudem verstosse ja § 236 EG z. ZGB nicht gegen Bundesrecht, sei doch § 236 seit dessen Erlass auf alle Erbschaftsteilungen im Kt. Solothurn angewandt worden, ohne je als bundesrechtswidrig bezeichnet worden zu sein²³.

VI. *Anhang: Die Mitwirkung der Behörde bei Erbteilungen im Kanton Basel-Land*

Basel-Land kennt die Mitwirkung der Behörde, wenn eine Erbschaftsteuer zu fordern ist oder wenn einer der Erben die Mitwirkung der Behörde verlangt²⁴. Nun ist aber durch das Gesetz über die Erbschafts- und

22) Entscheid des soloth. ObGer v. 29. Jan. 1942 in RObGer 1942 Nr. 6 S. 110/11.

23) Entscheid des ObGer v. 16. Sept. 1943 in RObGer 1943 S. 66—68.

24) § 69 EG z. ZGB bestimmt: Die Bezirksschreiberei hat ausser in den in Art. 609 ZGB vorgesehenen Fällen bei der Teilung mitzuwirken: wenn Erbschaftsteuer zu fordern ist; wenn einer der Erben nicht handlungsfähig ist; wenn einer der Erben unbekannt abwesend ist, ohne einen Vermögensverwalter bestellt zu haben; wenn einer der Erben die Mitwirkung der Bezirksschreiberei verlangt.

Schenkungssteuer v. 16. Febr. 1920 die erste Bestimmung hinfällig geworden²⁵. Wohl richtet sich das Verfahren der Inventarisierung nach dem EG²⁶, so dass zu dessen Aufnahme die Bezirksschreiberei kompetent ist. Gemäss § 26 und § 27 des Erbschaftssteuerges. ist aber der Steuerverwaltung der Einzug der Erbschaftsteuer überbunden. Somit wird auch die Mitwirkung der Bezirksschreiberei bei Erbteilungen hinfällig²⁷. Wie Canova ausführt²⁸, erschöpft sich heute die Mitwirkung der Behörde „in dem Versuch, die Erben zum Abschluss eines Erbteilungsvertrages zu bringen“. Gelingt dies nicht, „bleibt den Erben nichts anderes übrig, als die Teilungsklage einzureichen“.

Diese Gerichts- und Verwaltungsentscheide zeigen uns, wie sehr verschiedene Auffassungen in Bezug auf Art. 609 Abs. 2 bestehen. In § 16 werden wir einzelne dieser Entscheidungen kritisch untersuchen und auch versuchen, diese mehr oder weniger widerspruchsvollen kantonalen Verfahrensbestimmungen mit dem Grundsatz der freien Erbteilung in Einklang zu bringen. Vorerst möchten wir aber kurz noch die Auffassung der Lehre skizzieren.

VII. Kapitel

DIE LEHRE

§ 15 DIE AUFFASSUNG DER LEHRE

A. Die ältere Lehre

In der älteren Lehre¹ finden wir über diese Bestimmungen keine grossen Ausführungen. Escher begnügt sich in seiner ersten Auflage² mit dem einfachen Hinweis auf die kant. EG z. ZGB, einzig in N. 2 zu Art. 607 bemerkt er, dass die freie Vereinbarung der Erben „im Fall amtlicher Teilung“ eingeschränkt ist. Curti anerkennt die Berechtigung der Kantone zur Anordnung einer amtlichen Mitwirkung, auch wenn sie nur „zu fiskalischen Zwecken geschehen sollte“³.

Das relative Stillschweigen dieser beiden Kommentatoren lässt mit grosser Wahrscheinlichkeit darauf schliessen, dass sie das in einigen kant.

25) Bestimmt doch § 20 Abs. 1, dass bei allen Todesfällen eine Inventaraufnahme zu erfolgen hat.

26) S. § 20 Abs. 1 des Erbschaftssteuerges.

27) Vgl. § 29 des Erbschaftssteuerges.

28) Canova, S. 123.

1) D. h. Eugen Curti und Escher.

2) Escher, Komm. 1912 Ziff. 5 zu Art. 609.

3) Curti, Erl. zu Art. 609 Ziff. 11.

EG z. ZGB vorgesehene Verfahren billigen, d. h. in jenen Normen keinen Verstoss zum Bundeszivilrecht erblicken.

B. Die neuere Lehre

Die Entscheidungen des Bundesgerichtes⁴ blieben aber nicht ohne Nachwirkungen auf die Lehre. Man untersuchte nun dieses Problem etwas näher, und allgemein billigte man die Praxis des BGer⁵.

I. Art. 609 Abs. 1 gibt für die Auslegung von Art. 609 Abs. 2 keinen Anhaltspunkt

Übereinstimmend stellt man fest, dass die gemäss Art. 609 Abs. 2 tätig werdende Behörde nicht die gleichen Kompetenzen und Rechte besitzt wie diejenige von Abs. 1. Vielmehr ergibt sich ihr schon aus ihrem Berufungsgrund ein umfassenderes Tätigkeitsfeld, hat sie doch im Gegensatz zum Art. 609 Abs. 1 nicht die Interessen eines, sondern aller Erben zu wahren. Da weder der Berufsgrund noch deren Kompetenzen aus Art. 609 Abs. 1 entnommen werden können, ist es den Kantonen überlassen, Bestimmungen über Organisation, Voraussetzung und Umfang dieser Mitwirkung zu erlassen⁶.

II. Art. 609 Abs. 2 schliesst eine amtliche Teilung aus

Dadurch erhalten aber die Kantone nicht das Recht, in dieser Materie selbstherrlich zu legiferieren. Ist doch aus der Entstehungsgeschichte dieser Norm ersichtlich, „dass das neue Recht die amtliche Mitwirkung bei der Teilung in weitem, als den eidgenössischen, ja in allen Fällen zulies, diese Ausdehnung der Fälle aber keinem Kanton aufdrängte, anderseits dadurch, dass es wohl eine amtliche Leitung der Teilung, nicht aber eine eigentliche amtliche Durchführung oder Durchsetzung des Teilungsgeschäftes anerkannte“⁷. Auch Escher schliesst aus den Gesetzesmaterialien, dass die Behörde wohl „die Leitung der Auseinandersetzung in formeller Beziehung“, hingegen keine „materielle Kompetenzen“ besitze⁸ 9.

Mit Recht weist Tuor in seinem Gutachten¹⁰ darauf hin, dass die konsequente amtliche Teilung die Ausserkraftsetzung einer Reihe von Teilungs-

4) Vgl. § 13.

5) Tuor, Komm. Nachtrag N. 19 zu Art. 609; Escher, N. 11 zu Art. 609 und N. 2 zu Art. 609; Canova, S. 58/59.

6) Tuor, Gutachten, S. 9; Canova, S. 55.

7) Tuor, Gutachten, S. 10.

8) Escher, N. 2 a. E. zu Art. 609.

9) Solch konkrete und positive Schlussfolgerungen lassen sich u. E. kaum aus den Gesetzesmaterialien ziehen. Vgl. § 11.

10) Tuor, Gutachten, S. 11.

regeln bedinge, aber gerade durch die Inkraftsetzung freiheitlicher Teilungsregeln dränge sich die Schlussfolgerung auf, dass der amtlichen Mitwirkung nur beschränkte Wirkung zukomme. Auch das Wort „mitwirken“ spreche, wie sich Escher in N. 2 zu Art. 609 ausdrückt, „gegen eine diskretionäre Teilungsmacht der Behörde. Mitwirken heisst nicht: allein vorgehen, sondern mit andern zusammen“. Allgemein wird daher in der Literatur angenommen, dass der Kanton für einzelne oder für alle Hinterlassenschaften eine amtliche Mitwirkung in Form einer Leitung des Teilungsverfahrens durch die Behörde vorsehen könne, sofern dadurch nicht die von Bundesrecht wegen den Erben zustehenden Rechte verletzt würden¹¹.

III. Das Bundeszivilrecht beschränkt die kantonale Verordnungstätigkeit

Über die Ausgestaltung des Verfahrens und dessen Übereinstimmung mit dem Bundeszivilrecht ist aus den Kommentaren, ausser den vom BGER publizierten Entscheidungen, nicht viel zu entnehmen. Einzig Fugner¹² kritisiert den BGE 60 II 18. Er ist der Ansicht, dass die Verwirkungsfrist nicht gegen das Prinzip des Art. 611 Abs. 3 betreffend die Losziehung verstosse, sondern vielmehr eine Verletzung des Bundeszivilrechtes darstelle, indem sie die Beweislast des ZGB umkehrt. Die Grenzen und den Umfang behördlicher Mitwirkung umschreibt dagegen Tuor in seinem Gutachten an das Justizdepartement des Kt. St. Gallen ausführlicher: „Nicht zu beanstanden ist es, wenn die Teilungsbehörde die unter den Erben zu Tage tretenden Divergenzen durch Aufstellung und Unterbreitung ihr gutscheinender Vorschläge beizulegen sucht. Sie darf aber keine Entscheidungen treffen, die den Erben vom Gesetze zugesicherten Rechte schmälert“¹³. Um die Stellungnahme der Erben zu erfahren, darf sie auch zu diesem Zwecke Fristen an die Erben ansetzen. Dadurch wird den Erben die Möglichkeit genommen, „die Aufschiebung ihrer Äusserungen vorzunehmen. Lassen sich aber auch mit diesen Mitteln die Divergenzen nicht überwinden, so darf auf keinen Fall die Behörde den Erben Fristen mit der Androhung ansetzen, „dass mit ihrem unbenützten Ablauf ein Verzicht auf ein materielles Recht gefolgert werde. Es steht der Behörde nicht zu, zu bestimmen, in welchem Sinne das Ausschweigen der Parteien während einer von ihr selbst gesetzten Frist auszulegen sei, und sodann ist es nicht gerechtfertigt aus dem Ausschweigen geradezu einen Verzicht auf Rechte ableiten zu wollen... Ein Verzicht auf Rechte ist überhaupt nicht leicht zu präsumieren. Sodann darf nach allgemeiner Regel aus dem Stillschweigen ein Zustimmungswille nur abgeleitet werden, wenn für den gegen-

11) Escher, N. 2 und N. 4 zu Art. 609; Tuor, Komm. N. 19 zu Art. 609; Tuor, Gutachten, S. 11; Canova, S. 72; Meier, Peter, S. 116.

12) Fugner, S. 103/04.

13) Tuor, Gutachten, S. 16.

teiligen Fall eine Pflicht zu einer Äusserung vorlag. Nun besteht aber keine Pflicht eines Erben, innert der von der Behörde angesetzten Frist eine Klage einzureichen¹⁴.

IV. Schlussfolgerung

Zusammenfassend ist zu bemerken, dass die Lehre im allgemeinen der Argumentation des Bundesgerichtes folgt. Uns ist gar kein Autor bekannt, der die amtliche Mitwirkung, wie sie von einigen Kantonen praktiziert wird, als mit dem Bundesprivatrecht in Einklang stehend verteidigt. Tuor wie Fugner sind in ihren Ausführungen etwas logischer und präziser als das Bundesgericht. Sie untersuchen immer genau, ob durch das amtliche Eingreifen nicht eine Umkehrung der Beweislast erfolgt. Im allgemeinen wird das Problem immer in Hinblick auf die Teilungsklage¹⁵ und den Teilungsvertrag¹⁶ gelöst. Das Verhältnis des Art. 609 Abs. 2 zu Art. 607 Abs. 2 wird nirgends genau untersucht.

VIII. Kapitel

RATIO LEGIS

§ 16 DAS VERHÄLTNIS DER AMTLICHEN MITWIRKUNG ZUM GRUNDSATZ DER FREIEN ERBTEILUNG

Nun ist es aber an uns, unseren Standpunkt zu Art. 609 Abs. 2 zu begründen und insbesondere das Verhältnis der amtlichen Mitwirkung zum Grundsatz der freien Erbteilung zu ermitteln.

A. Die Kompetenzen der behördlichen Mitwirkung lassen sich nicht aus Art. 609 Abs. 1 ableiten

Aus der Entstehungsgeschichte¹ wie aus dem Zweck des Art. 609 Abs. 2 geht hervor, dass die amtliche Mitwirkung mit derjenigen von Art. 609 Abs. 1 nicht gleichgestellt werden darf. Die Behörde vertritt nicht die Interessen eines Dritten, d. h. eines Gläubigers, sondern sie dient je nach ihrem Berufungsgrund in erster Linie der Gesamtheit der Erben oder dem öffentlichen Interesse².

14) Tuor, Gutachten, S. 17.

15) ZGB Art. 604.

16) ZGB Art. 634.

1) Vgl. § 11.

2) Bezweckt der Kanton mit der amtlichen Mitwirkung fiskalische Interessen oder die Durchsetzung des richtigen Rechts zu schützen, so verfolgt er öffentliche Interessen. Nimmt er aber am Erbteilungsverfahren teil, um rechts- und geschäfts-

Findet aber die Mitwirkung auf Verlangen eines Erben statt³, so nimmt auch dann die Behörde nicht an Stelle des betreffenden Erben teil. Der Erbe beteiligt sich wie die übrigen Miterben am Auseinandersetzungsverfahren, nur leitet die Behörde das Verfahren. Man fragt sich vielleicht, warum denn der Erbe die behördliche Mitwirkung verlange, wenn jene trotzdem nicht an seiner Stelle bei der Erbteilung mitwirkt. Der Erbe hat aber ein eminentes Interesse an einer unparteiischen Leitung der Erbteilungsverhandlungen. Diese bietet ihm am ehesten Gewähr, dass alle Aktiven erfasst werden und dass auch eine objektive Aufklärung der Erben über den Wert und die Verteilung der Vermögenswerte erfolgt. Zwar läuft der Erbe trotz der amtlichen Mitwirkung noch Gefahr, von gewandtern Miterben übervorteilt zu werden. Aber schon die Präsenz der Behörde bewirkt, dass solche Machenschaften auf ein Minimum reduziert werden.

B. Die Abgrenzung der kantonalen Mitwirkung durch das Bundesrecht

Wenn demnach nicht einmal auf Verlangen eines Erben die behördliche Mitwirkung nach Abs. 1 des Art. 609 erfolgt, so sollte es klar sein, dass die Kompetenzen und der Umfang ihrer Mitwirkung durch andere Rechtsnormen bestimmt sind. Diese Rechtsnormen sind die übrigen Teilungsregeln.

1. Darf das kantonale Recht die dispositiven Normen des ZGB ersetzen?

Zwar erhebt sich schon hier ein erstes Hindernis. Die meisten Teilungsnormen sind dispositiver Natur. Dürfen nun die Kantone gestützt auf Art. 609 Abs. 2 diese dispositiven Normen durch kantonales Recht ersetzen? Diese Frage ist vorweg zu verneinen. Die dispositiven Regeln büssen ihre Anwendbarkeit nur durch abweichende Teilungsvorschriften des Erblassers oder durch einen einstimmigen und abweichenden Erbenbeschluss ein. Folglich gelten die dispositiven Rechtsnormen auch gegenüber dem kantonalen Recht, und die Erben haben Anspruch darauf, dass jene Normen auch zur Anwendung gelangen, d. h. sie dürfen in ihren ihnen von Bundesrechts wegen zustehenden Rechten nicht durch kantonales Recht beeinträchtigt werden. Die kantonalen Teilungsvorschriften finden also ihre Begrenzung durch das Bundesprivatrecht und insbesondere durch die Teilungsregeln des ZGB.

unkundige Erben vor Schaden zu bewahren, so kann füglich behauptet werden, sie liege im Interesse der Erben.

³) Z. B. in den Kantonen Basel-Land, Basel-Stadt, St. Gallen, Luzern, Thurgau und Uri.

Der Grundsatz der freien Erbteilung behält demnach gegenüber dem kantonalen Recht seine volle Gültigkeit.

II. Das Verhältnis des Art. 607 Abs. 2 zu Art. 609 Abs. 2

Art. 607 Abs. 2 schliesst in seiner absoluten Formulierung scheinbar Art. 609 Abs. 2 aus. Doch bei einer genaueren Prüfung löst sich dieser Gegensatz auf.

1. Interpretation des Art. 607 Abs. 2

Im Zeitalter der grossen Machtauseinandersetzung zwischen Individuum und Staat sind wir gewohnt, das Wort *frei* immer im Sinne von Fernhaltung staatlicher Einmischung in die Privatsphäre zu interpretieren. Eine solche Bedeutung kann aber dem Wort „frei“ nicht beigemessen werden. „Frei“ bezieht sich auf das materielle Recht, d. h. auf die Erbschaftssachen und auf die Vermögenswerte. „Frei vereinbaren“ heisst: Die Erben dürfen nach ihrem Belieben die Zusammensetzung der Erbteile und die Zuweisung der Erbschaftssachen an die Erben gestalten. Diese freie Vereinbarung, ein Produkt des freien Willensentschlusses der Erben, kann nicht nur an einem abgelegenen, verborgenen Ort, sondern auch vor einer staatlichen Instanz getroffen werden. Bedingung ist nur, dass die Behörde diesen freien Willensentschluss der Erben nicht beeinträchtigt und dass sie sich nicht über ihn hinwegsetzt.

2. Der Zweck der behördlichen Mitwirkung

Es liesse sich nun dieser Argumentation entgegenhalten, sie sei wohl noch mit Art. 607 Abs. 2 in Einklang zu bringen, lasse aber den Zweck und die Aufgabe der behördlichen Mitwirkung nicht erkennen. Denn was für eine Aufgabe sollte dann der Behörde noch zufallen, wenn ja die Erben die Teilung doch nach ihrem Belieben gestalten dürfen? Obwohl die amtliche Mitwirkung in den meisten Fällen nur historisch zu erklären ist, kann ihr in gewissen Rechtslagen eine innere Berechtigung doch nicht abgesprochen werden.

a) Historisches

Dass die Stände während des Geltungsbereichs der kantonalen Zivilgesetzbücher darnach trachteten, beim Auseinandersetzungsverfahren teilzunehmen, ist verständlich. Nicht nur die Benachteiligung der Witwen und Waisen und derjenigen rechtskundiger Erben, sondern auch die Interessen des Fiskus erforderten ein staatliches Eingreifen⁴. Der Steuerbehörde stand damals nicht ein solch ausgebauter und fachlich hochstehender Veranla-

4) Vgl. Anm. 12 S. 50. Im Kommissionsbericht v. 2. Juli 1894 wird auf diese Übelstände besonders aufmerksam gemacht.

gungsapparat zur Verfügung, wie ihn der heutige Staat besitzt, so dass man es ihr nicht verargen darf, dass sie beim Erbfall, bei welchem mehr oder weniger alles Vermögen zum Vorschein kam, versuchte, ihre berechnete Forderungen anzubringen. Wohl geht z. B. in Solothurn die Einführung der amtlichen Mitwirkung nicht auf das fiskalische Moment zurück, doch mit der ersten staatlichen Entwicklung regte sich auch hier das Interesse der Steuerbehörde für jenes Verfahren, so dass ihr heute alle Erbteilungsakten zur Einsicht offen stehen⁵. Zwar bedingt gerade das fiskalische Interesse keine Mitwirkung bei der Erbteilung, genügt doch der Steuerbehörde das amtliche Erbschaftsinventar, auf Grund dessen sie dann die Erbschaftssteuer berechnet. In neuester Zeit braucht sich die Steuerbehörde überhaupt nicht mehr auf jenes Inventar zu stützen, ist doch gemäss Bundesrecht⁶ eine amtliche Inventarisierung für alle wehrsteuerpflichtigen Nachlässe vorgesehen. Mit der Einführung des ZGB, welches eine Verstärkung des vormundschaftlichen Schutzes brachte, fiel auch der Grund des Schutzes von Waisen und Witwen durch das amtliche Teilungsverfahren weg. Doch hauptsächlich Schaffhausen und Solothurn, wobei Solothurn auf eine mehr als 200-jährige amtliche Mitwirkung⁷ zurückblicken durfte, konnten sich nicht entschliessen, diese alteingesessene, traditionelle und im Volke festverwurzelte Institution aufzugeben, so dass man in Art. 609 Abs. 2 den Kantonen das Recht einräumte, auch noch für weitere Fälle die amtliche Mitwirkung vorzuschreiben.

b) Zweck im positiven Recht

Wie Canova⁸ beim basellandschaftlichen Verfahren zeigt, kann sich aber noch heute eine amtliche Mitwirkung positiv auswirken, zeigt doch gerade jene Regelung, dass die Bezirksschreiberei in den meisten Fällen die Erben zu einer gütlichen Teilung zu bringen vermag. Zudem bewirkt eine amtliche Mitwirkung eine rasche Teilung, und sie strebt auch darnach, klare Rechtsverhältnisse zu schaffen. Dass der Amtsschreiber, der in Solothurn zugleich noch Grundbuchführer ist, jede Liegenschaftsveräusserung korrekt und mit allen rechtlichen Unterlagen ausführt, versteht sich von selbst. Überlässt man aber den Erben solche Geschäfte, so werden sie vielfach unvollständig erledigt, was zu einer lästigen und zeitraubenden Korrespondenz mit den Amtsstellen führt und auch nicht geeignet ist, die Verkehrssicherheit zu stärken. Dass manch unnötiger und aussichtsloser Prozess durch die behördliche Mitwirkung hinfällig wird, mag heute, bei der chronischen Überbelastung unserer Gerichte, auch von einer gewissen Bedeutung sein.

5) Betr. die historischen Quellen der amtlichen Mitwirkung von Solothurn s. Meier, Peter, S. 3—12.

6) Art. 97 des BRBl v. 9. 12. 1940 über die Erhebung einer Wehrsteuer.

7) Vgl. das Votum von Brosi Prot. Bd. 2, S. 245.

8) Canova, S. 121—123.

III. Die Funktion der behördlichen Mitwirkung

Wichtiger als diese mehr rechtspolitischen Ausführungen ist die Art und Weise, wie die Behörde diese Ziele verfolgt. Das Gesetz spricht in Art. 609 Abs. 2 von einem Mitwirken. Im Gegensatz zu einzelnen kantonalen Zivilgesetzbüchern und auch zum EG spricht es nicht von einer amtlichen Teilung. Auch das ganze Teilungsverfahren ist nach den Gesichtspunkten einer privaten, ohne behördliche Einmischung stattfindenden Teilung aufgebaut. Die Erbteilung liegt in den Händen der Erben. Können sie sich über gewisse Punkte nicht einigen, so entscheidet auf Verlangen eines Erben die zuständige Behörde⁹. Auch die formfreie Realteilung und der schriftliche¹⁰ Teilungsvertrag sind bemerkenswerte Indizien einer solch freiheitlichen Ordnung. Hätte man durch Art. 609 Abs. 2 eine amtliche Teilung bezweckt, so wären jene Bestimmungen dem amtlichen Verfahren sicher angepasst worden¹¹.

Tatsache ist aber, dass gemäss Art. 609 Abs. 2 die Kantone noch für weitere Fälle, nach teleologischer Auslegung sogar für alle Erbteilungen¹² eine amtliche Mitwirkung vorsehen dürfen. Diese Mitwirkung müssen sich die Erben gefallen lassen; ihre Ausschlussung würde gegen den klaren Wortlaut des Art. 609 Abs. 2 verstossen. Die Behörde darf demnach bei jeder Erbteilung die Leitung der Teilungsverhandlungen beanspruchen. Sie darf die Erben zu einer Erbenversammlung einberufen, sie nach ihren Teilungsplänen befragen, Vorschläge zur Überwindung von Differenzen zwischen den Erben machen, ja sogar den Erben einen Teilungsentwurf unterbreiten. Alle diese behördlichen Massnahmen hindern die Erben in ihrer Entschlussfähigkeit nicht, im Gegenteil, sie bezwecken einzig, sie zu einer gütlichen Teilung zu veranlassen. Die behördliche Mitwirkung dient somit der Durchsetzung des richtigen Erbrechtes, d. h. sie hilft den Erben nach ihrem besten Können zu einer freien Vereinbarung. Da die Amtsperson die Erben aufklärt und Rechtskenntnisse besitzt, bewirkt sie meistens, dass die Erben von ungebührlichen Forderungen absehen und zu einer gerechten und vernünftigen Teilung eher Hand bieten. Geschieht die behördliche Mitwirkung in einem solchen Umfange, so steht sie im Einklang mit dem Bundesprivatrecht, werden doch die Erben weder in ihrem freien Willensentschluss noch in ihren Rechten auf die Vermögenswerte der Nachlassenschaft beeinträchtigt. Voraussetzung jeder erbrechtlichen Teilung ist aber ein einstimmiger Erbenbeschluss.

9) Vgl. die Art. 611 Abs. 2, 612 Abs. 3, 613 Abs. 3 ZGB.

10) Die öffentliche Beurkundung ist also nicht erforderlich (ZGB 634).

11) Ein amtliches Verfahren bringt immer eine Erschwerung der Formvorschriften. Durch diese Formvorschriften werden die Privaten gezwungen, zur Verbindlichkeit der Rechtsgeschäfte den Staat anzurufen. Vgl. nur die Regelung von Schaffhausen, welche in Art. 11 und 12 des Teilungsges. eine Genehmigungspflicht für jeden Erbteilungsvertrag durch die Waisenbehörde und durch das Waiseninspektorat vorsehen, oder jene von Solothurn, welche gemäss § 236 EG z. ZGB keinen Teilungsvertrag in Rechtskraft treten lässt, bevor er nicht vom Amtsschreiber verurkundet ist.

12) Vgl. BGE 62 II 130/31.

IV. Funktion der Behörde bei Differenzen zwischen den Erben

Schwieriger gestaltet sich das Problem, wenn sich zwischen den Erben Differenzen ergeben. Da keine Einstimmigkeit vorhanden ist, könnte man leicht den Schluss ziehen, dass in einem solchen Falle eine freie Vereinbarung zwischen den Erben nicht mehr erfolgen könne und die Behörde demnach auch nicht mehr an den Grundsatz der freien Erbteilung gebunden sei. Aber auch in einem solchen Falle darf sich die behördliche Machtbefugnis nur beschränkt entfalten¹³. Denn wer garantiert, dass der Dissens der Erben fortwährend andauert? Kann nicht die Möglichkeit eintreten, dass kein Erbe Lust hat, den Rechtsweg zu beschreiten, und letzten Endes sich lieber zu einem Kompromiss bereitfindet? Ja, vielleicht ist wegen Meinungsverschiedenheiten jahrelang die Teilung nicht durchführbar. Es findet sich auch keiner der Erben bereit, die Teilungsklage anzustrengen, und sie bleiben daher in einer Erbengemeinschaft, bis dann endlich die Vernunft und die Bereitwilligkeit die Oberhand gewinnt und sich schliesslich alle zu einer gütlichen Teilung bequemen. Die Behörde muss sich einer solchen Sachlage immer bewusst sein. Sie darf daher durch ihre Entscheidungen nie einen Erben in eine ungünstigere Rechtslage versetzen, als ihm das Gesetz zuweist. Nur wenn die mitwirkende Behörde zugleich die zuständige Behörde gemäss Art. 611 Abs. 2, 612 Abs. 3, 613 Abs. 3 verkörpert, so darf sie die ihr vom Gesetz zukommenden Entscheidungen treffen. In dieser Eigenschaft handelt sie aber nicht als leitendes Teilungsorgan, sondern als zuständige Behörde gemäss den genannten Artikeln.

Die oft jahrelang dauernden Erbteilungsverhandlungen sind wohl nicht empfehlenswert und rechtlich auch nicht wünschenswert, doch stellen sie eine logische Folge unserer auf dem Prinzip der Privatautonomie aufgebauten Teilung dar. Dass dies für eine Behörde, welche vielleicht bei mehreren Erbteilungen mitzuwirken hat, sehr unbequem ist, ist verständlich. Doch müssen sich die Kantone, welche eine obligatorische amtliche Mitwirkung vorsehen, mit solch ungünstigen Vorkommnissen abfinden, wenn sie sich nicht entschliessen können, auf die obligatorische amtliche Mitwirkung zu verzichten. Das schliesst natürlich nicht aus, dass die Behörde, um zu einem rascheren Abschluss zu gelangen, einem oder mehreren Erben zur Erklärung ihrer Stellungnahme Fristen ansetzen darf. Lassen die Erben aber eine solche Frist unbenützt verstreichen, so brauchen sie deswegen keine Rechtsnachteile zu befürchten, auch wenn die Teilung ihren Fortgang nimmt. Weigert sich nur einer der Erben, den Erbteilungsvertrag zu unterzeichnen, so gilt die Teilung als nicht erfolgt. Es steht natürlich den zustimmenden Erben frei, beim Richter Klage auf Durchführung dieses bestimmten Teilungsvertrages zu erheben, was aber nicht ausschliesst, dass der widerstrebende Erbe seinerseits die Möglichkeit hat, Klage auf Durchführung seines Erbteilungsvertrages einzureichen.

13) Aus diesem Grunde widmeten wir in den vorangegangenen Paragraphen auch solchen Problemen unsere Aufmerksamkeit. Vgl. die kantonalen Entscheide in § 14.

Der Grundsatz der freien Erbteilung behält somit immer seine Rechtsgültigkeit. Auch wenn Uneinigkeit unter den Erben herrscht, muss dieser Grundsatz beachtet und befolgt werden.

§ 17 KRITIK KANTONALER NORMEN UND KANTONALER ENTSCHEIDE

A. Präklusivfristen verstossen gegen Bundeszivilrecht

Die Ansetzung einer Frist mit Präklusivwirkung durch eine Behörde steht im Widerspruch mit dem Bundesrecht, ist doch ein Verwaltungsorgan nie kompetent, über materielle Erbansprüche zu entscheiden. Art. 9 des Teilungsges. des Kantons Schaffhausen ist demnach vor Bundesrecht nicht haltbar. Das Bundesgericht zweifelte nur an der Vereinbarkeit einer solchen Regelung mit Art. 611 Abs. 2 und Abs. 3¹⁴. Wohl haben die Erben ein Recht auf Losziehung, und in dieser Beziehung ist dem Bundesgericht beizupflichten, doch die eigentliche Verletzung des Bundesrechtes besteht in der Ansetzung einer Fatalefrist; kehrt doch das Teilungsgesetz entgegen ausdrücklicher Bestimmung¹⁵ die Beweislast um¹⁶.

B. Strengere kantonale Formvorschriften sind nichtig

Ebenfalls verstossen jene Normen gegen das Bundesrecht, welche für den Erbteilungsvertrag strengere Formvorschriften als Art. 634 ZGB aufstellen. Solche bundesrechtswidrige Vorschriften finden wir im Teilungsges. des Kantons Schaffhausen in den Art. 11 und 12¹⁷ und im § 236 EG z. ZGB des Kantons Solothurn. Während die Behörden von Schaffhausen, belehrt durch die Entscheide des BGer, in der Anwendung des Teilungsgesetzes vorsichtiger geworden sind¹⁸, wenden die Behörden von Solothurn § 236 immer noch strikte an. Kein Teilungsvertrag wird nach solothurnischer Praxis rechtskräftig, bevor dieser vom Amtsschreiber unterzeichnet ist¹⁹. Der Hinweis des soloth. ObGer auf die langjährige Anwendung des § 236, ohne dass je diese Norm als bundesrechtswidrig erklärt wurde, ist fehl am Platze. Aus der Geltungsdauer einer Norm ist deren Vereinbarkeit mit

14) Vgl. BGE 61 II 18 ff.

15) Art. 604 ZGB; Art. 634 ZGB.

16) Gleicher Ansicht: Fugner, S. 103/04.

17) Gleicher Ansicht: BGer in Bd. 60 II 21.

18) Vgl. den Entscheid des RR v. 23. 6. 1936 in Zentralbl. 37 S. 282/83.

19) Vgl. RBObGer 1942 Nr. 6 S. 110/11; RBObGer 1943 S. 66—68.

dem Bundesrecht nicht ableitbar, obwohl die Kantonseinwohner infolge der seit jeher erfolgten amtlichen Mitwirkung sich mit dieser Tatsache abfinden.

C. Regelung der Kantone St. Gallen und Thurgau

Unverständlich sind die Bestimmungen der Kantone St. Gallen und Thurgau. Sie sehen bei Uneinigkeit der Erben vor, dass die Behörde die gutscheinende Entscheidung treffen darf, unter gleichzeitiger Ansetzung einer Frist, innert welcher der Richter angerufen werden kann. Wird jene Frist nicht benützt, so nimmt die Teilung ihren Fortgang. Vorbehalten bleibt aber nach ausdrücklicher Bestimmung die gerichtliche Anfechtung der vollzogenen Teilung²⁰. Dass die Entscheidungsgewalt der Behörde tief-eingreifende Wirkungen zeitigen kann, sehen wir aus dem Entscheid des RR von St. Gallen v. 11. Mai 1926²¹, in welchem ausgeführt wird, dass der Bezirksammann sogar für eine Testamentsanfechtung kürzere Fristen ansetzen dürfe²². Obwohl jener Frist keine Präklusivwirkung beigelegt worden ist, ergibt sich doch je nach der Sachlage für einzelne Erben eine Verschlechterung ihrer Rechtslagen. Entscheidet z.B. der Bezirksammann zugunsten des eingesetzten Erben, so wird dem gesetzlichen Erben die Klägerrolle überbunden, welche ihm in gewissen Fällen von Gesetzes wegen gar nicht zugedacht ist²³. Dies bedeutet eine Umkehrung der Beweislast, wenn sich der gesetzliche Erbe schon im Besitze der Erbschaft befindet, kann doch gemäss Art. 521 Abs. 3 ZGB die Ungültigkeit einer Verfügung von Todes wegen jederzeit durch Einrede geltend gemacht werden. Statt dass der gesetzliche Erbe die Klage des eingesetzten Erben abwarten kann, muss er durch die Entscheidung des Bezirksammanns klagend gegen den eingesetzten Erben vorgehen. „Gleiche Bedenken erheben sich auch“, wie Tuor in seinem Gutachten ausführt, „im umgekehrten Falle, da die Teilungsbehörde auf Ungültigkeit der Verfügung erkennt und der Partei, die die Gültigkeit behauptet, die Klage auferlegen will“²⁴, wird doch gemäss Art. 519 Abs. 1 eine Verfügung von Todes wegen nur auf erhobene Klage hin für ungültig erklärt. Gleiches lässt sich auch für das Vermächtnis sagen²⁵.

Welche Bedeutung man dem Passus: „Die gerichtliche Anfechtung der abgeschlossenen Teilung bleibt vorbehalten“, zuweisen muss, ist uns nicht klar. Auf den ersten Blick glaubt man, es handle sich um eine ähnliche Bestimmung, wie wir sie im ZGB in Art. 638 finden. Nach den Ent-

20) St. Gallen: Art. 119 Abs. 4 EG z. ZGB; Thurgau: § 91 Abs. 3 der VVO z. Notariatsges.

21) Verw. Pr. Bd. V Nr. 599 S. 535—539.

22) Vgl. unsere Ausführungen S. 60/61.

23) Der gesetzliche Erbe muss entweder innert der angesetzten Frist Klage einreichen oder dann den Teilungsvertrag als Ganzes anfechten.

24) Tuor, Gutachten, S. 21.

25) Tuor, Gutachten, S. 21/22.

scheidungen des RR von St. Gallen²⁶ legt aber der RR die fragliche Bestimmung so aus, dass der behördliche Erbteilungsvertrag jederzeit, also auch noch nach Ablauf der angesetzten Frist, angefochten werden kann, die Teilung sich aber nach Ablauf der Frist vollzieht, d. h. die Erben in den Besitz der Erbschaftssachen gelangen. Sollte aber damit nur ein von der Behörde vorgelegter Teilungsvertrag gemeint sein, so ist uns nicht nur mit Tuor²⁷ unerklärlich, warum keine Möglichkeit zur Beschwerde an eine übergeordnete Instanz besteht; sondern es fragt sich auch, ob das Bezirksamt glaubt, die Teilung sei damit abgeschlossen. Dann befindet es sich freilich in einem Irrtum, denn ohne Einwilligung aller Erben dürfen keine Erbschaftssachen an die Erben verteilt werden: erstens, weil dies gegen das die Erbengemeinschaft beherrschende Prinzip der Gesamthand verstösst: zweitens, weil die benachteiligten Erben in die Klägerrolle gedrängt würden. Abgeschlossen ist eine Teilung erst durch den einstimmig genehmigten Teilungsvertrag oder durch die einstimmig genehmigte Realteilung, es sei denn, die Zustimmung eines oder mehrerer Erben sei durch Richterpruch erwirkt worden.

Die Bestimmungen von St. Gallen und Thurgau mit Art. 638 ZGB zu vergleichen, ist falsch, nicht nur weil diese kantonalen Behörden die Voraussetzungen der Anfechtung umfassender interpretieren, als Art. 638 sie vorsieht²⁸, sondern weil Administrativbehörden durch ihren Entscheid gar keine abgeschlossene Teilung, wie sie Art. 638 ZGB voraussetzt, erwirken können.

D. Regelung der Kantone Appenzell-AR., Uri und Basel-Stadt

Während Appenzell-Ausser Rhoden bei Uneinigkeit der Erben die Losbildung vorsieht, eine Regelung, welche sicher nicht bundesrechtswidrig ist²⁹, und Uri keine näheren gesetzlichen Bestimmungen bezüglich der amtlichen Mitwirkung kennt³⁰, behält Basel-Stadt die materiellen Streitpunkte der richterlichen Entscheidung vor³¹, eine Regelung, die auch in ähnlicher Weise Zug übernommen hat³². Eine solche Lösung steht mit dem Bundes-

26) Vgl. unsere Ausführungen in § 14.

27) Tuor, Gutachten, S. 22/23.

28) D. h. nicht nur die Klage aus dem OR, sondern auch diejenigen aus dem Erbrecht.

29) Art. 83 Abs. 2 EG z. ZGB; dieser Losbildung und Losziehung darf aber nicht definitiver Charakter zukommen, ansonst sie mit dem Grundsatz der freien Vereinbarung im Widerspruch stände.

30) Vgl. § 73 EG z. ZGB, welcher einzig ausführt, die gemeinderätliche Mitwirkung könne von einem Erben verlangt werden.

31) § 151 Abs. 2 EG z. ZGB; vgl. unsere Ausführungen S. 58.

32) § 85 EG z. ZGB; vgl. unsere Ausführungen S. 58.

recht in Einklang, sofern die Behörde ihre Kompetenzen einschränkend interpretiert, erbrechtliche Streitigkeiten der richterlichen Kognition vorbehält und auch in ihren eigenen Entscheidungsbefugnissen die Erben nicht in den von Bundesrechts wegen zustehenden Rechten beeinträchtigt, insbesondere keine Umkehrung der Beweislast vornimmt oder sie sonstwie in ihren Rechtslagen schmälert³³.

E. Regelung des Kt. Baselland

Richtig wird das Erbteilungsverfahren in Baselland durchgeführt, beschränkt sich doch die Mitwirkung der Bezirksschreiberei, wie Canova ausführt³⁴, in einem Versuch, die Erben zu einer gütlichen Teilung zu bewegen. Die Kritik Fugners³⁵ von § 14 Abs. 2 des EG z. ZGB scheint in diesem Fall nicht angebracht zu sein. Auch rein historisch betrachtet, ergibt sich eine solch freiheitliche Lösung, bestimmte doch schon § 2 der Landesordnung, wenn die Erben sich nicht einigen könnten, „so mögen sie durch Verlosung oder Versteigerung unter sich die Anstände berichtigen“³⁶.

F. Geltungsbereich der kantonalen Normen (Kritik der Entscheide des solothurnischen ObGer)

In bezug auf den Geltungsbereich der kantonalen Normen können wir uns mit der Ansicht des solothurnischen ObGer nicht befreunden³⁷. Art. 538 ZGB spricht in seinem ersten Absatz nur von der Eröffnung des Erbanges, welcher dann zwar durch Absatz 2 eine Präzisierung in dem Sinne erfährt, dass er auch die erbrechtlichen Klagen vor das Forum des letzten Wohnsitzes des Erblassers weist. Ausdrücklich ist unter diesen Klagen auch die Teilungsklage erwähnt. Dass sich ein einziges Gericht mit dem grössten Teil der erbrechtlichen Klagen zu befassen hat, ist in prozessualer Hinsicht zu begrüßen. Aber aus diesem Gesichtspunkt zu schliessen, dass auch das nichtstreitige Teilungsverfahren dem Art. 538 unterstehe, ist ein sehr gewagter Analogieschluss, zumal „mehrere neuere wie auch ältere Entscheide den Gerichtsstand der Erbschaft als nicht ausschliesslichen gelten lassen“³⁸, sondern auf Grund einer Vereinbarung auch einen anderen Gerichtsstand zulassen. Völlig verfehlt ist der Hinweis auf die Erbschafts-

33) Dass die Behörde immer wieder darauf tendiert, ihren Machtbereich zu erweitern, zeigt uns ja der BGE i. S. Peter Borner und Baumgartner gegen Erbschaftsamt Basel-Stadt in Bd. 51 II 488 ff.

34) Canova, S. 123.

35) Fugner, S. 130/31.

36) Eugen Huber, System und Geschichte, Bd. 2 S. 479.

37) RBObGer 1943 S. 66—68; vgl. unsere Ausführungen S. 61/62.

38) Escher, N. 7 IV zu Art. 538.

steuer. Die Erbschaftssteuer bezweckt, den Erbfall, welcher gemäss Art. 560 ZGB mit dem Todestag des Erblassers zusammenfällt, zu besteuern, und nicht die Teilung selbst. Dass natürlich der Kanton, in welchem der Todesfall sich ereignet, die Erbschaftssteuer erheben darf, ist klar und gibt wohl zu keinen Diskussionen Anlass. Am Ort der Teilung, überhaupt an der Teilung selbst hat aber der Fiskus kein Interesse; ihm kann es ja gleichgültig sein, ob die Erben oder die Erbengemeinschaft die Erbschaftssteuer entrichten. Teilen nun die Erben an ihrem Wohnsitz, der sich zufällig ausser dem Kanton des Erblassers befindet und gelangen sie auf diese Weise zu einer gütlichen Einigung, so muss ihre Teilung respektiert werden. Erstens verlangt dies schon Art. 607 Abs. 2, und zweitens wird der Wohnort der Erben, wenn ein *forum prorogatum* für erbrechtliche Klagen gestattet ist, wohl auch für das nichtstreitige Erbschaftsverfahren zugelassen werden müssen, ganz abgesehen davon, dass u. E. dieses „forum“ gar nicht unter Art. 538 ZGB fällt.

Komplizierter wird das Problem, wenn die Erben die Teilung nur darum in einen andern Kanton verlegen, um die ihnen unliebsamen Teilungsvorschriften und Teilungsgebühren zu umgehen. Gleich zu behandeln ist auch der Fall, dass die Erben durch eine rasche Teilung dem amtlichen Verfahren zuvorkommen³⁹. Gelangen aber die Erben auf diesem Wege zu einer Einigung, so ist ein solcher Erbteilungsvertrag rechtskräftig und muss von der Behörde auch respektiert werden. Da aber offensichtlich eine Umgehung kantonaler Normen vorliegt, können die Kantone für solche Tatbestände Sanktionen vorsehen, sei es, dass die Teilungsgebühren trotzdem erhoben oder dass die Erben angehalten werden, dem Amtsschreiber die Teilungsurkunde und die verschiedenen Teilungsakten zur Einsicht auszuhandigen, und ihm auf sein Verlangen auch die nötigen Auskünfte vermitteln müssen. Auf Verletzung eidgen. Rechtes können sich die Erben in einem solchen Falle nicht berufen, weil ja gerade das Bundesrecht eine solche amtliche Mitwirkung in Art. 609 Abs. 2 gestattet. In ihrer freien Entschlussfähigkeit werden die Erben ebenfalls nicht beschränkt, muss doch die Behörde jene Vereinbarung beachten. Da Art. 607 Abs. 2 nicht verletzt ist und diese Norm eine behördliche Mitwirkung nicht ausschaltet, so müssen sich die Erben die nachträgliche Einsicht der Behörde gefallen lassen, auch wenn sich die behördliche Mitwirkung in einer Ausrechnung der Teilungsgebühr erschöpft. Denn die Behörde hat ein Recht, formell am Teilungsverfahren mitzuwirken. Sie braucht deshalb ihre Mitwirkung nicht erst zu begründen, bzw. ihre Teilnahme zu rechtfertigen.

39) Ein Beispiel eines solchen „Blitzerbteilungsvertrages“ befindet sich auf S. 21.

IX. Kapitel

DAS VERHÄLTNIS DER BEHÖRDLICHEN MITWIRKUNG ZU DEN ANDERN ZIVILRECHTLICHEN INSTITUTEN

§ 18 DAS VERHÄLTNIS DES ART. 609 ABS. 2 ZU ART. 609 ABS. 1

Gemäss Art. 609 Abs. 1 muss die Behörde an Stelle eines Erben teilnehmen, wenn ein Gläubiger, der den Anspruch auf die angefallene Erbschaft gepfändet oder erworben hat oder gegen ihn Verlustscheine besitzt, dies verlangt¹. Wird nun diese Mitwirkung gemäss Art. 609 Abs. 1 in jenen Kantonen, welche eine amtliche Mitwirkung bei allen Erbschaften kennen², gegenstandslos? Oberflächlich betrachtet, müsste dies bejaht werden, denn die Behörde wird an der Erbteilung nicht nur die Interessen aller Erben, sondern auch diejenigen des Gläubigers zu wahren haben. Meier führt denn auch in seiner Dissertation aus³, dass in der Regel im Kanton Solothurn kein Bedürfnis für die Anwendung von Art. 609 Abs. 1 bestehe.

Eine solche Praxis führt vielleicht in manchen Fällen zu keinen Schwierigkeiten, doch rechtlich ist sie unhaltbar. Wie aus dem vorhergehenden Paragraphen ersichtlich ist, sind die Kompetenzen der auf Grund des kant. EG tätigen Behörde sehr bescheiden, ja sie beschränken sich auf eine reine Vermittlungstätigkeit. Im Gegensatz dazu steht aber die Behörde, welche auf Grund des Art. 609 Abs. 1 tätig wird, vertritt sie doch die Rechte des vertretenen Erben. Es hängt also auch von ihren Entscheidungen ab, ob eine gütliche Verständigung erreicht wird.

Legt man aber der auf Grund des Art. 609 Abs. 2 tätigen Behörde auch diese Kompetenzen zu, dann ist das ganze Verfahren zu kompliziert. Amtet sie als leitende Instanz, so muss sie den Grundsatz der freien Vereinbarung respektieren, atmet sie aber als Erbenvertreter, so ist sie nicht mehr daran gebunden. Dass dabei das Rekursrecht der Miterben gänzlich ausgeschaltet wird⁴, ist verständlich, denn immer steht ihr die Ausweichmöglichkeit über Art. 609 Abs. 1 zur Verfügung. Dieses „Doppelleben“ kann in manchen Fällen zu unerfreulichen, unentwirrbaren Situationen führen.

1) Vgl. § 10.

2) Die gleiche Frage erhebt sich auch dann, wenn die Behörde auf Verlangen eines Erben an der Teilung mitwirkt, wie das z. B. die Kantone Basel-Stadt, Basel-Land, Luzern, St. Gallen, Thurgau und Uri vorsehen.

3) Meier, Peter, S. 108.

4) D. h. nicht das eigentliche Rekursrecht ist ausgeschaltet, aber da die Erben kaum Aussicht auf Gutheissung ihrer Beschwerde haben, werden sie auch kaum Rekurs erheben.

Tatsache ist, dass der Gläubiger gemäss Art. 609 Abs. 1 Anspruch hat, dass die Behörde an Stelle des schuldnerischen Erben teilnimmt. Die Behörde muss dann selbst sorgen, dass zwei verschiedene Beamte diese Funktionen getrennt ausüben, sei es, dass der Stellvertreter des zuständigen Teilungsbeamten als Erbenvertreter mitwirkt, sei es, dass die Behörde ad hoc einen ausserordentlichen Vertreter bestellt. Aber wie der Entscheid des RR von St. Gallen richtig ausführt, darf als Erbenvertreter nicht das Betreibungsamt amten⁵. Diese Doppelvertretung der Behörde wirkt vielleicht etwas paradox, doch ist sie hauptsächlich ein Schutz für die Erben, welchen dadurch die Möglichkeit gegeben ist, dem Machtanspruch der obligatorischen amtlichen Teilungsbehörde entgegenzutreten.

Wenn Solothurn es nicht für nötig erachtet, für den schuldnerischen Erben einen behördlichen Vertreter zu ernennen, so liegt die Vermutung nahe, dass dieser Kanton unter behördlicher Mitwirkung mehr eine bundesrechtswidrige amtliche Teilung versteht. Gerade bei einem solch praktischen Beispiel zeigt sich die Konsequenz unserer Ausführungen in § 16. Denn beansprucht die Teilungsbehörde nur die ihr rechtmässig zukommenden Kompetenzen, so kann sie unmöglich auch die Interessen des Gläubigers genügend wahren.

§ 19 DAS VERHÄLTNIS DER AMTLICHEN MITWIRKUNG ZUM VORMUNDSCHAFTSRECHT

A. Die beiden Funktionen müssen durch verschiedene Personen ausgeübt werden

Auch hier fragt es sich wieder, ob die amtliche Mitwirkung bei der Erbteilung die vormundschaftliche Vertretung auszuschliessen vermag. Der Schutz Minderjähriger verlangt aber eine so umfassende Interessenvertretung, wie sie unmöglich durch eine gestützt auf Art. 609 Abs. 2 tätige Behörde vermittelt werden kann. Gleiches lässt sich auch für die übrigen Beistands- und Vertretungsfälle aus dem Vormundschaftsrecht sagen, einzig der Grad der Schutzbedürftigkeit ist je nach dem Beistandsgrund mehr oder weniger intensiv. Eine Kumulation beider Funktionen muss auf alle Fälle vermieden werden, würden sich doch die gleichen Bedenken erheben, wie wir sie im vorhergehenden Paragraphen geäussert haben^{1 2}.

5) Verw. Pr. Bd. V Nr. 602 S. 440.

1) Vgl. unsere Ausführungen in § 18.

2) Auch Sauter, S. 93, fordert eine klare Trennung dieser beiden Funktionen.

B. Die Regelung in den einzelnen Kantonen

Verschiedene Gesetze sprechen von einer amtlichen Mitwirkung, wenn ein Erbe unter Vormundschaft stehe, zu bevormunden, handlungsunfähig, abwesend oder ohne Vertretung sei³. Unklar und aus den Gesetzestexten nicht zu entnehmen ist, ob es sich bei dieser Mitwirkung um eine solche des Vormundschaftsrechtes handle oder ob sie eher mit jener aus Art. 609 Abs. 2 vergleichbar sei. Einzig Thurgau bestimmt in Abs. 5 des § 87 der VVO zum Notariatsgesetz: „Erben unbekannten Aufenthaltes oder solche, deren Leben oder Tod zur Zeit des Erbanges nicht nachgewiesen ist, werden bei der Teilung durch den vom zuständigen Waisenamt ernannten Beistand, unter Vorbehalt der Genehmigung der Vormundschaftsbehörde und der Aufsichtsbehörde, vertreten.“ Legt man dieser Klausel nicht Enumerationscharakter, sondern exemplifikative Wirkung bei, so würden in analoger Weise für den Bevormundeten und für den Minderjährigen ein Beistand oder Vormund ernannt. Eine solche Regelung gibt sicher zu keinen Beanstandungen Anlass.

Was die Bestimmungen der übrigen Kantone anbetrifft, so könnte aus ihrer Stellung im EG und auch nach ihrer historischen Bedeutung⁴ eher auf das Gegenteil geschlossen werden. Zwar werden diese Bestimmungen immer wieder mit dem stereotypen Satz: „die Behörde hat ausser in den Art. 609 ZGB vorgesehenen Fällen bei der Teilung mitzuwirken“, eingeleitet, so dass man doch wieder wie in Art. 609 Abs. 1 eine Mitwirkung an Stelle eines Erben vermutet. Doch darf dieser Formel keine rechtliche Bedeutung beigemessen werden, wird sie doch auch in jenen Fällen angewendet, bei denen es sich eindeutig um eine amtliche Mitwirkung nach Art. 609 Abs. 2 handelt⁵. Einen näheren Anhaltspunkt gibt uns der Entscheid des RR von Luzern v. 30. Dez. 1926⁶. Hier wird diese Bestimmung folgendermassen interpretiert: Die auf Grund von Abs. 2 des Art. 609 erfolgende amtliche Mitwirkung bezwecke nicht eine Mitwirkung an Stelle eines Erben, sondern eine unparteiische Teilung. „Die Übernahme der Parteirolle wäre wenigstens in den Fällen von Ziff. 2 und 3 des § 80 schon deswegen ausgeschlossen, weil ein Konflikt geschaffen würde mit den Bestimmungen des ZGB über die Vertretung von Minderjährigen, Bevormundeten und unbekannt Abwesenden durch den Vormund bzw. Beistand“. Demnach gewährt die Praxis von Luzern die Vertretung durch die Vormundschaft, verlangt aber gleichzeitig daneben auch noch die Mitwirkung der Teilungs-

3) Basel-Land § 69 EG z. ZGB; Basel-Stadt § 151 Ziff. 1 und 2 EG z. ZGB; Luzern § 80 Ziff. 2 EG z. ZGB; Thurgau § 78 lit. a der VVO z. Notariatsgesetz; Uri § 73 EG z. ZGB.

4) Diese Kantone kannten vor Erlass des ZGB nur eine amtliche Teilung, und der vormundschaftliche Schutz war nur eine indirekte Folge dieses Institutes.

5) Vgl. Basel-Land § 69 letzte Linie EG z. ZGB; Basel-Stadt § 151 Ziff. 3 EG z. ZGB; Uri § 73 i. f. EG z. ZGB; Luzern § 80 Ziff. 1 EG z. ZGB; und insbesondere Art. 119 Abs. 1 des EG z. ZGB von St. Gallen.

6) SJZ 23 S. 364 Nr. 72.

behörde als leitendes Organ. Mit dieser Regelung steht der Kanton Luzern mit dem Bundesprivatrecht in Einklang, sind doch die beiden Funktionen auf zwei verschiedene Vertreter verteilt. Vom Standpunkt des Bürgers aus muss aber ein solches Verfahren logischerweise als Unfug bezeichnet werden. Die Interessen des vertretenen Erben werden ja genügend durch den vormundschaftlichen Vertreter gewährt, so dass eine Leitung der Teilungsverhandlungen durch die Teilungsbehörde gegenstandslos wird. Diese Bemerkung trifft aber in jenen Fällen nicht zu, bei denen die amtliche Mitwirkung in allen Erbfällen oder dann auf Verlangen eines Erben stattfindet. Geschieht aber die amtliche Mitwirkung gemäss Art. 609 Abs. 2 einzig deshalb, weil ein Mitwirkungsfall des Vormundschaftsrechtes vorliegt, so muss dies als ein behördlicher Leerlauf bezeichnet werden, denn dass bei der Mitwirkung der Vormundschaftsbehörde neben der vormundschaftlichen Vertretung auch noch die amtliche Teilungsbehörde in Erscheinung tritt, ist uns unverständlich, zumal da in manchen Kantonen die Teilungsbehörde mit der Vormundschaftsbehörde identisch ist. Gestützt auf Art. 421 Ziff. 9 ZGB muss sie ohnehin den Erbteilungsvertrag, welcher durch den vormundschaftlichen Vertreter mit den übrigen Erben abgeschlossen wurde, genehmigen. Stellt sie Unkorrektheiten fest, so hat sie ja Gelegenheit, den Erbteilungsvertrag zurückzuweisen⁷.

Wir glauben kaum, dass die Argumentation des RR von Luzern in der Praxis anderer Kantone durchzudringen vermag. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Kantone beim Erlass ihrer Einführungsgesetze einer solch präzisen Ausscheidung zwischen amtlicher und vormundschaftlicher Mitwirkung keine Beachtung geschenkt haben, war ihnen doch dieses Problem in seiner vollen Bedeutung noch gar nicht bewusst. § 80 Ziff. 2 des EG z. ZGB des Kt. Luzern einfach als bundesrechtswidrig zu erklären, ginge u. E. auch wieder zu weit, ergibt sich doch durch eine extensive Interpretation eine Regelung, welche sich mit dem Bundesrecht vereinbaren lässt. Sieht man von der rein historischen Auslegung ab und versteht man unter dem Wort Mitwirken nicht das spezifisch amtliche Teilungsverfahren, sondern die vormundschaftliche Mitwirkung in den Fällen, wo es sich um vormundschaftliche Angelegenheiten handelt, so sind jene Bestimmungen bundesrechtskonform. Diese Interpretation klingt gar nicht so wirklichkeitsfremd, versteht doch die Kantone unter Mitwirken auch ein Mitwirken an Stelle eines Erben, nämlich dann, wenn es sich um die Anwendung des Art. 609 Abs. 1 handelt. Diese Auslegung drängt sich hauptsächlich dort auf, wo die Teilungsbehörde mit der Vormundschaftsbehörde identisch ist⁸.

Der gegenteilige Schluss ergibt sich für die beiden Basel und St. Gallen, überbinden doch jene Kantone die Mitwirkung nicht vormundschaftlichen

7) So sind z. B. in Uri Vormundschaftsbehörde und Teilungsbehörde identisch, vgl. § 40 Abs. 1 und § 73 EG z. ZGB. Eine Ausnahme besteht nur für die Kantonsbürger, welche nicht an ihrem Bürgerort wohnen. Ähnlich Luzern.

8) Z. B. in Uri und Luzern.

Organen⁹. In jenen Fällen nimmt neben der amtlichen Mitwirkung noch ein Beistand oder Vormund am Erbteilungsverfahren teil, stützt sich doch dessen Berufungsgrund auf eidgen. Recht, welchen durch kantonales Recht nicht derogiert werden darf. Dass ein solch unrationelles Verfahren dringend nach einer kantonalen Gesetzesrevision verlangt, sei nur nebenbei erwähnt.

§ 20 DAS VERHÄLTNISS DER BEHÖRDLICHEN MITWIRKUNG ZUR WILLENSVOLLSTRECKUNG

Wie sich bei der Untersuchung der Teilungsbefugnis des Willensvollstreckers ergab, hält er im Auseinandersetzungsverfahren eine ziemliche Machtstellung inne¹. Diese Stellung ergibt sich einerseits aus seinem Berufungsgrund, anderseits aus seiner Aufgabe, den Nachlass, sei es nach den Anordnungen des Erblassers oder nach Gesetz, zu verteilen. Ist überhaupt eine amtliche Mitwirkung neben einer Willensvollstreckung noch möglich? Schaltet diese nicht jene aus?

A. Bei der Inventarisatio n

Nicht nur im eigentlichen Teilungsverfahren, sondern schon bei der amtlichen Inventarisatio n ergeben sich Schwierigkeiten: Ist das Inventar vom Willensvollstrecke r oder von Amtes wegen aufzunehmen? Beurteilt man diese Frage nach dem Zweck des Erbschaftsinventars, so muss man sich bewusst sein, dass der ursprüngliche Gedanke in der Sicherung des Nachlasses bestand. Doch mit dem immer stärkeren Anspruch des Staates auf den Einzelnen vermischte er sich mit fiskalischen Interessen, besonders in jenen Kantonen, welche eine amtliche Inventarisatio n kennen. Also vermag auch die Einsetzung eines Willensvollstreckers die amtliche Inventarisatio n nicht zu verdrängen. Zudem können, wie Meier Peter ausführt², auch die Erben ein Interesse haben, dass das Inventar von der Behörde aufgenommen wird, dann nämlich, wenn die Erben glauben, durch den Willensvollstrecke r benachteiligt zu werden. Dieses Argument hinkt zwar insofern, als jedem Erben das Beschwerderecht gegen den Willensvollstrecke r zusteht. Während in Solothurn die amtliche Inventarisatio n vorherrscht, schwankt St. Gallen, da sich der RR auf den Standpunkt stellt, „dass die Bestellung eines Willensvollstreckers schon an sich bedeutet, es solle die Behörde ohne Not nicht in die Erbschaftsangelegenheiten sich einmischen“³.

9) In Basel-Stadt ist das Erbschaftsamt zuständig; in Basel-Land die Bezirks-schreiberei und in St. Gallen der Bezirksammann.

1) Vgl. unsere Ausführungen S. 15—24.

2) Meier, Peter, S. 136/37.

3) ZBGR 1946 S. 57 Nr. 10.

Anderer Ansicht war der RR noch in einem früheren Entscheid⁴, indem er ausführte, „die amtliche Mitwirkung bedeutet überhaupt eine Wohltat für viele Erben, insbesondere für solche, welche abwesend oder nicht geschäftsgewandt sind, oder gegenüber dem Willensvollstrecker Misstrauen haben; sie bietet auch eine vermehrte Gewähr für einen gerechten und raschen Erbgang und bildet ein Mittel zur Wahrung berechtigter öffentlicher Interessen“⁵.

B. Im eigentlichen Teilungsverfahren

Betrachtet man aber das eigentliche Auseinandersetzungsverfahren, so ergibt sich ein wesentlich anderes Bild. Auszugehen ist immer von den Kompetenzen, welche der Willensvollstrecker und die Behörde innehaben. Im Gegensatz zur Behörde besitzt der Willensvollstrecker Entscheidungsbefugnisse⁶. Auch die Leitung des Verfahrens in rein formeller Hinsicht, wie sie z. B. die Behörde bei einer gewöhnlichen Erbteilung besitzt, obliegt dem Willensvollstrecker. Seine Kompetenzen enthalten deshalb auch die sehr beschränkten Rechte der Behörde⁷.

Wenn der RR von Luzern in einem Entscheid ausführte⁸, „die amtliche Mitwirkung bei der Teilung sei möglich, ohne dass dem Willensvollstrecker die gesetzlich vorgesehenen Funktionen entzogen werden“, ist dem kaum beizupflichten. Die amtliche Mitwirkung lässt sich mit der Willensvollstreckung nicht vereinbaren. Das ihm von Bundesrecht wegen zustehende Recht auf Leitung der Teilungsverhandlungen darf ihm nicht gestützt auf kantonales Recht entzogen werden, es wäre denn der Grundsatz: Bundesrecht bricht kantonales Recht, würde in sein Gegenteil umgedeutet. Dies ersehen wir aus einem Entscheid des sol. ObGer⁹, führt doch das Gericht aus: „Den Kantonen steht es somit frei, das Erbteilungsgeschäft gänzlich der amtlichen Vornahme und Mitwirkung zu unterstellen und die Willensvollstreckung auszuschliessen“¹⁰. In späteren Entscheidungen¹¹ korrigiert das ObGer seine Stellungnahme dahin, dass es dem Willensvollstrecker eine den Amtsschreiber unterstützende Tätigkeit zuweist. Diese höchst unbegreifliche Rechtsprechung wird glücklicherweise von keinem andern Kanton nachgeahmt¹². Dass sich der umfassendere Rechte beansprechende Willensvollstrecker nun zum Diener einer Amtsstelle mit we-

4) Verw. Pr. Bd. IV, Nr. 478, RR Entscheid v. 13. Okt. 1916.

5) Vgl. auch die Entscheide des sol. ObGer in RBObbGer 1913 S. 123 und RBObbGer 1936 S. 103.

6) Vgl. S. 11, 15, 16, 18—24.

7) Tuor, 2. Aufl. Komm. N. 16 zu Art. 518.

8) SJZ Bd. 23 S. 26; Weiss, Nr. 3530.

9) RBObbGer 1936 S. 103.

10) Vgl. auch RBObbGer 1936 S. 91.

11) RBObbGer 1944 S. 65 ff. und RBObbGer 1949 S. 51 Ziff. 1.

12) Auch Meier, Peter, missbilligt die Praxis des sol. ObGer, s. S. 137.

nigen Kompetenzen herablassen sollte, ist uns unerklärlich. Ein solcher Standpunkt lässt sich u. E. gar nicht begründen. Der Willensvollstrecker ist verpflichtet, die Erbeninteressen zu wahren, und verstösst er gegen sie, so ist den Erben ja das Beschwerderecht gegeben¹³. In dieser Hinsicht ist dem RR Entscheid von St. Gallen v. Jahre 1940¹⁴ beizupflichten, welcher die Ersetzung des Willensvollstreckers durch die amtliche Mitwirkung nur dann zulässt, wenn sein Verhalten die Nachlassinteressen gefährdet oder er sonst zur Ausübung seines Amtes unfähig wird. Gerade die Einschlebung der Behörde als Rekursinstanz gibt ihr ja genügend Handhabe, ihre Interessen zu wahren.

Auch aus reinen oekonomischen Erwägungen ist das von Solothurn praktizierte Verfahren zu missbilligen. Hat doch der Willensvollstrecker gestützt auf Art. 517 Abs. 3 ZGB Anspruch auf eine angemessene Entschädigung. Nimmt nun aber auch der Staat an der Erbteilung teil, so erhebt auch er gestützt auf die Gebührenverordnung eine Abgabe. Eine solche Doppelbelastung muss abgelehnt werden¹⁵.

C. Schlussfolgerung

Da die Willensvollstreckung dem Beauftragten umfassende Teilungsbefugnisse zuweist und der Willensvollstrecker seine Rechte vom Bundesrecht ableitet, darf ihn der Kanton in seinen Rechten nicht einschränken. Weil dem Willensvollstrecker auch das Recht auf Leitung der Teilungsverhandlungen zusteht, bleibt für eine amtliche Mitwirkung gar kein Tätigkeitsgebiet mehr übrig. Zudem ist dem Staat die Möglichkeit gegeben, durch die amtliche Erbschaftsinventarisierung die Ansprüche des Fiskus zu schützen. Auch als Beschwerdeinstanz gegen den Willensvollstrecker amtiert ein staatliches Organ, sodass der Staat auch dadurch seine Interessen genügend wahren kann.

Aus all diesen Gründen ist eine amtliche Mitwirkung neben einer Willensvollstreckung bundesrechtswidrig. Diese Lösung drängt sich auch auf, wenn wir das Problem rechtspolitisch betrachten, soll doch der Staat nur dort intervenieren, wo es unbedingt notwendig ist und wo der staatliche Eingriff die persönlichen Rechte des Bürgers am wenigsten verletzt.

13) D. h. in formellen Sachen an die Aufsichtsbehörde als Verwaltungsorgan, in materiellen Belangen an den Richter, vgl. Canova, S. 92/93; Tuor, 2. Aufl. Komm. N. 28 zu Art. 518.

14) ZBGR 1946 S. 174.

15) Canova, S. 93—95.

Curriculum vitae

Geboren am 31. Dezember 1926 in Engi, Kt. Glarus, als Sohn des Matthias Baumgartner und der Maria Baumgartner geb. Hämmerli. Besuch der Gemeindeschule in Engi und der Sekundarschule Sernftal in Matt. 1943—47 Höhere Handelsschule in Neuenburg, Handelsdiplom 1946, Handelsmatura 1947. Im November 1947 Beginn des Rechtsstudiums an der Universität Zürich. Im Herbst 1952 und im Frühjahr 1953 schriftliche Klausurarbeiten im Handelsrecht und Strafrecht. Mündliche Doktorprüfungen am 2. Mai 1953 (Privatrecht) und 11. Juli 1953 (öffentliches Recht).

